

Chapitre 5

Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*

Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) est l'une des plus anciennes normes des relations économiques internationales. Elle joue un rôle central pour les règles de l'OMC et elle constitue également un instrument important de libéralisation économique dans le domaine de l'investissement en étendant l'application d'un traitement plus favorable d'un accord sur l'investissement à un autre. La formulation des clauses NPF est cependant variable et leur interprétation et leur application nécessitent une analyse attentive, au cas par cas, conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Selon le principe ejusdem generis, une clause NPF ne peut attirer le traitement plus favorable accordé dans d'autres traités qu'en ce qui concerne « les mêmes objets, questions et catégories de questions ». L'étude des conclusions arbitrales passées montre cependant que l'application de ce principe n'a pas toujours été simple ni cohérente. La présente étude examine la jurisprudence et recommande aux négociateurs d'accorder une attention particulière à la formulation des clauses NPF dans les conventions sur l'investissement.

* Cette étude a été préparée par Marie-France Houde, Division de l'investissement, OCDE, et Fabrizio Pagani, Direction des affaires juridiques.

Cette étude n'est pas censée refléter nécessairement le point de vue de l'OCDE ou des gouvernements des pays membres de l'Organisation, ni préjuger d'une quelconque façon de négociations ou de différends à venir concernant des accords sur l'investissement.

1. Introduction

Les accords bilatéraux et régionaux sur l'investissement se sont multipliés au cours des dix dernières années et de nouveaux accords sont actuellement négociés. Les accords sur l'investissement ont en commun leur clause de la nation la plus favorisée (NPF), qui garantit que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause. Les clauses NPF sont donc devenues un instrument significatif de la libéralisation économique en matière d'investissement. Qui plus est, la clause NPF, en accordant aux investisseurs de toutes les parties bénéficiaires, dans des circonstances similaires, un traitement non moins favorable que les partenaires les plus proches ou les plus influents d'un pays donné peuvent négocier dans des domaines couverts par la clause, permet d'éviter les distorsions économiques qu'entraînerait une libéralisation plus sélective, pays par pays. Ce traitement peut résulter de l'application des traités ou des actes législatifs ou administratifs du pays comme de la simple pratique.

Le présent article procède à un tour d'horizon factuel de la jurisprudence et des publications correspondantes sur les clauses NPF des accords sur l'investissement, en vue de mieux comprendre comment s'articule le traitement de la nation la plus favorisée entre de tels accords.

- La section 2 définit la clause NPF, retrace son origine et en donne certains exemples tirés des deux principaux types de modèles d'accords sur l'investissement, à savoir le « modèle nord-américain » et le « modèle européen »).
- La section 3 résume les aspects pertinents des vastes travaux menés par la Commission du droit international (CDI) entre 1968 et 1978 sur les clauses NPF.
- La section 4 décrit des sentences arbitrales récentes concernant le champ d'application des clauses de traitement NPF prononcées à la suite de différends liés à des traités sur l'investissement.
- La section 5 procède à une synthèse de l'article.

2. Clause NPF – définition, origine et exemples

2.1. Définition

On considère généralement qu'accorder le traitement NPF dans des accords sur l'investissement signifie qu'un investisseur d'une partie à un accord ou son investissement seront traités par l'autre partie « dans des conditions non moins favorables », à l'égard d'un objet donné, qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays¹. La plupart des accords internationaux sur l'investissement comportent une clause relative au traitement NPF. Même si le texte, le contexte et même l'objet et le but d'une clause NPF donnée doivent être pris en compte lors de l'interprétation de cette clause, celle-ci constitue l'instrument de « multilatéralisation » par excellence des avantages accordés à des investisseurs étrangers et à leurs investissements.

Bien que la règle du traitement NPF ait été associée par certains au principe de l'égalité des États², on estime actuellement qu'une obligation NPF n'existe que si elle est créée par une clause contenue dans un traité³. En l'absence d'obligation instaurée par un traité (ou, sur ce point, d'une obligation NPF découlant du droit interne), les pays ont la possibilité de pratiquer une discrimination entre les nations étrangères dans leurs affaires économiques.

2.2. Origines⁴

La clause NPF constitue depuis des siècles l'un des piliers de la politique commerciale. Son existence remonte au douzième siècle, même si l'expression semble n'être apparue qu'au dix-septième siècle. Les clauses relatives au traitement NPF se sont multipliées dans les traités à la faveur de la croissance des échanges commerciaux aux quinzième et seizième siècles. Les États-Unis ont inséré une clause NPF dans leur premier traité, conclu en 1778 avec la France⁵. Aux dix-neuvième et vingtième siècles, la clause NPF figurait souvent dans différents traités, en particulier les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Le traitement NPF figurait parmi les obligations fondamentales de la politique commerciale aux termes de la Charte de La Havane, les membres devant s'engager à « tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers »⁶. L'inclusion de clauses NPF s'est généralisée dans les nombreux traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux sur l'investissement conclus après 1950 à la suite de l'abandon du projet de mise en œuvre de la Charte de La Havane.

Son importance pour les relations économiques internationales est mise en évidence par le fait que la disposition relative au traitement NPF de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) (article 1, Traitement général de la nation la plus favorisée) et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)⁷ (article II, Traitement de la nation la plus favorisé) stipule qu'il sera accordé « immédiatement et sans condition »

(même si, dans le cas de l'AGCS, un membre pourra maintenir une mesure incompatible avec cette disposition pour autant que celle-ci figure à l'annexe sur les exemptions des obligations énoncées et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe).

2.3. Exemples de clauses NPF dans les traités sur l'investissement

L'inventaire des clauses NPF contenues dans les traités sur l'investissement ne permet pas de dégager un tableau uniforme. De fait, l'éventail des clauses NPF est très diversifié. Certaines clauses NPF sont formulées de façon stricte et d'autres de façon plus générale. En outre, le contexte dans lequel elles s'insèrent varie, tout comme l'objet et le but des traités dans lesquelles elles figurent. On en trouvera ci-après un échantillon représentatif.

C'est l'Allemagne qui a conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement (TBI). L'article 3(1) et (2) du modèle de traité de l'Allemagne de 1998 associe l'obligation NPF à l'obligation de traitement national :

« (1) *Aucun des États contractants ne soumettra, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre État contractant ou placés sous leur contrôle à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux investissements effectués par ses propres investisseurs ou par des investisseurs de tout État tiers.*

(2) *Aucun des États contractants ne soumettra les investisseurs de l'autre État contractant, en ce qui concerne leurs activités liées à des investissements effectués sur son territoire, à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investisseurs ou à ceux de tout autre État tiers. »*

Le champ d'application de cette clause NPF générale n'est pas restreint à une partie spécifique du traité. Il convient de noter également que le modèle de TBI de l'Allemagne de 1998 comporte une autre clause NPF qui se rapporte seulement à la protection et à la sécurité complètes de même qu'à l'expropriation, qui sont l'objet de l'article 4. L'article 4(4) dispose expressément :

« *Les investisseurs des deux États contractants bénéficieront du traitement de la nation la plus favorisée sur le territoire de l'autre État contractant à l'égard des questions visées par le présent article. »*

Le **modèle de TBI des Pays-Bas** adopte la même approche et combine, en outre, à l'article 3, l'obligation NPF et d'autres règles de traitement, à savoir le traitement national (suivant celui des deux traitements qui est le plus favorable), le traitement juste et équitable et une protection et une sécurité complètes. L'article 3(1) et (2), qui porte sur le traitement non discriminatoire, dispose :

« (1) *Chaque partie contractante garantira un traitement juste et équitable aux investissements des ressortissants de l'autre partie contractante et n'entravera pas, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, l'exploitation, la gestion,*

l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de ces investissements par ces ressortissants. Chaque partie contractante accordera à ces investissements une sécurité et une protection physiques complètes.

(2) En particulier, chaque partie contractante accordera à ces investissements un traitement qui, dans tous les cas, ne sera pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres ressortissants ou à ceux d'un État tiers, le traitement le plus favorable au ressortissant concerné étant appliqué. »

L'article 3 du **TBI conclu par l'Albanie et le Royaume-Uni** prévoit :

« Dispositions relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée:

(1) Aucune des deux parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements ou les revenus des ressortissants ou des sociétés de l'autre partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux revenus de ses propres ressortissants ou sociétés ou aux investissements ou revenus des ressortissants ou des sociétés de tout État tiers.

(2) Aucune des deux parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants ou les sociétés de l'autre partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants ou sociétés de tout État tiers.

(3) Pour éviter toute ambiguïté, il est confirmé que le traitement visé aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus s'appliquera aux dispositions des articles 1 à 11 du présent accord. »

Les articles 1 à 11 couvrent toutes les dispositions de l'accord, sauf les clauses finales.

La formulation type de la clause NPF dans les TBI des États-Unis et du Canada couvre à la fois le stade de l'établissement et le stade postérieur à l'établissement. Elle énumère également les opérations visées⁸ et dispose expressément que le droit s'applique seulement dans les « circonstances similaires », et ce à la différence des autres TBI (en particulier les « TBI établis sur le modèle européen ») qui ne font pas référence au contexte comparatif de l'examen du traitement. On trouve des exemples récents de cette formulation dans le chapitre sur l'investissement de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili⁹, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour¹⁰ conclu en 2003 et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili conclu en 1997, dont la formulation s'inspire de celle de l'ALENA. L'article 10.3 (Traitement de la nation la plus favorisée) de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili dispose :

« (1) Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne

l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

(2) Chacune des parties accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

Dans **l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour**, le traitement national et la nation la plus favorisée relèvent du même article :

« Article 15.4 : Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée :

(3) Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde sur son territoire, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une tierce partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. Chaque partie accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'une tierce partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. Le traitement que chaque partie accordera en vertu de ce paragraphe est le "traitement de la nation la plus favorisée".

(4) Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements visés le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement le plus avantageux des deux étant appliqué. »

Dans **l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili**, l'article G-03 : Traitement de la nation la plus favorisée, prévoit :

« (1) Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

(2) Chacune des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

Les textes de ces accords sont semblables au sens où ils précisent clairement que l'intention est d'utiliser le critère de la similitude des circonstances dans lesquelles le traitement est accordé comme base de comparaison. La jurisprudence en ce qui concerne les clauses NPF faisant appel à une base de comparaison différente et qui s'attache à la catégorisation des secteurs affectés par le traitement ou à la catégorisation des types de traités qui nécessitent ce traitement, ne revêt sans doute que peu d'intérêt pour l'analyse demandée par ces accords.

2.4. Restrictions et exceptions

De nombreuses clauses NPF énoncées dans les traités sur l'investissement renferment des restrictions et des exceptions spécifiques, qui excluent certains domaines de leur application, par exemple l'intégration économique régionale, les questions relatives à la fiscalité, les subventions ou les marchés publics et les exceptions par pays. Selon la formulation, la mention spécifique de ces limitations pourrait constituer un facteur permettant de déterminer si certaines autres questions entrent dans le champ d'application d'une clause NPF. En voici quelques exemples :

L'article 3(3) et (4) **du modèle de TBI de l'Allemagne de 1998** dispose :

« (3) Ce traitement ne concernera pas les privilèges que l'un ou l'autre des États contractants accorde à des investisseurs d'États tiers en raison de son appartenance ou de son association à une union douanière ou économique, à un marché commun ou à une zone de libre-échange.

(4) Le traitement accordé aux termes de cet article ne sera pas lié aux avantages que l'un ou l'autre des États contractants accorde aux investisseurs d'États tiers en raison d'un accord visant à éviter la double imposition ou d'autres accords relatifs aux questions fiscales. »

L'article du **modèle de TBI des Pays-Bas** qui porte sur le traitement général contient l'exception suivante à l'obligation NPF (article 3) :

« (3) Si une partie contractante a accordé des avantages spéciaux aux ressortissants de tout État tiers en raison d'accords établissant une union douanière, économique ou monétaire ou des institutions similaires, ou en se fondant sur des accords d'étape devant mener à de telles unions ou institutions, cette partie contractante ne sera pas tenue d'accorder ces avantages aux ressortissants de l'autre partie contractante. »

En outre, l'article 4 du modèle, qui concerne seulement le traitement des impôts, prévoit dans sa deuxième partie des exceptions aux obligations de traitement NPF et de traitement national énoncées dans la première partie. L'article s'applique aux ressortissants des parties contractantes ou aux

ressortissants de tout État tiers qui se trouvent « dans les mêmes circonstances ». L'article 4 (reproduit ici dans son intégralité) est ainsi formulé :

« En ce qui concerne les taxes, droits et redevances et les déductions et exemptions fiscales, chaque partie contractante accordera aux ressortissants de l'autre partie contractante qui sont engagés dans toute activité économique sur son territoire un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou aux ressortissants de tout État tiers qui se trouvent dans les mêmes circonstances, le traitement qui est le plus favorable des deux étant appliqué aux ressortissants concernés. À cette fin, toutefois, ne seront pas pris en compte les avantages fiscaux spéciaux accordés par cette partie :

- a) dans le cadre d'un accord visant à éviter la double imposition ; ou
- b) en raison de sa participation à une union douanière, à une union économique ou à une institution similaire ; ou
- c) en vertu de la réciprocité avec un État tiers. »

Les restrictions au traitement NPF contenues dans l'**Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et Singapour** sont formulées comme suit :

« Article 40 :

2. Si une partie accorde aux investisseurs de tout État tiers ou à leurs investissements un traitement plus favorable en vertu d'un accord de libre-échange, un union douanière ou un accord similaire prévoyant également une libéralisation substantielle des investissements, elle n'est pas tenue d'accorder un tel traitement aux investisseurs d'une autre partie ou à leurs investissements.

Elle ménager néanmoins, à la demande d'une autre partie, la possibilité de négocier les avantages ainsi accordés.

Article 41 : Fiscalité

1. Sous réserve de dispositions contraires du présent article, aucune disposition du présent chapitre ne crée de droits ni n'impose d'obligations en ce qui concerne les mesures fiscales.

2. L'article 40 s'applique aux mesures fiscales qui dévient du traitement national et sont nécessaires pour l'imposition ou le recouvrement équitables ou effectifs d'impôts directs.

3. Si une partie accorde des avantages particuliers aux investisseurs de tout État tiers et à leurs investissements en vertu d'un accord pour éviter la double imposition, elle n'est pas tenue d'accorder de tels avantages aux investisseurs d'une autre partie ni à leurs investissements. »

Les accords conclus par le Canada et les États-Unis depuis le début des années 1990 suivent l'usage consistant à dresser la liste des exceptions ou des réserves des pays à l'égard du traitement NPF (et d'autres règles) en tant que « mesures non conformes » dans des annexes distinctes. Par exemple,

l'article 15.12 (Mesures non conformes) de l'**Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour** est rédigé dans les termes suivants :

1. Les articles 15.4 (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée)...ne s'appliquent pas :
 - a) à une mesure non conforme existante qui est maintenue par une partie :
 - i) au niveau d'une administration centrale, ainsi qu'il est indiqué dans sa liste à l'annexe 8A ;
 - ii) au niveau d'une administration régionale, ainsi qu'il est indiqué dans sa liste à l'annexe 8A ; ou
 - iii) au niveau d'une administration locale ;
 - b) au maintien ou au prompt renouvellement d'une mesure non conforme visée à l'alinéa a) ; ou
 - c) à la modification d'une mesure non conforme visée à l'alinéa a), pour autant que la modification ne réduise pas la conformité de la mesure, telle qu'elle existait avant la modification, avec l'article 15.4, 15.8 et 15.9.
2. Articles 15.4,... ne s'appliquent pas à une mesure qu'une partie adopte ou maintient en ce qui concerne les secteurs, sous-secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe 8b.
3. Aucune partie ne pourra, en vertu d'une quelconque mesure adoptée après l'entrée en vigueur du présent accord et figurant dans sa liste à l'annexe 8b, obliger un investisseur d'une autre partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement existant au moment où la mesure entre en vigueur.
4. L'article 15.4 ne s'applique pas à une mesure qui est une exception ou une dérogation aux obligations prévues par l'article 16.1.3 (Dispositions générales.) ainsi qu'il est stipulé dans ledit article.
5. Les articles 15.4 et 15.9 ne s'appliquent pas :
 - a) aux achats effectués par l'État ; ou
 - b) aux subventions ou aux contributions fournies par une partie, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental.

Outre les mesures figurant aux annexes I et II, l'annexe IV de l'ALENA établit spécifiquement une exception au traitement de la nation la plus favorisée pour le traitement accordé en vertu de tous les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux en vigueur et à venir concernant certains secteurs seulement¹¹. Le champ d'application de l'ALENA et de son chapitre sur l'investissement limite aussi l'obligation de traitement NPF dans d'autres secteurs, notamment, les mesures fiscales¹² et les services financiers¹³. On retrouve le même type de limitations du champ d'application de la protection

NPF dans les accords de libre-échange que les États-Unis ont conclus avec le Chili et Singapour, ainsi que dans l'accord de libre échange récemment conclu entre les États-Unis et l'Australie.

Certains TBI conclus par les États-Unis et le Canada prévoient également des limitations aux clauses NPF qui empêchent la couverture d'avantages accordés en raison d'accords ou de négociations sur le plan multilatéral (comme le GATT ou le cycle d'Uruguay) auxquels les pays parties à ces TBI ont ou n'ont pas adhéré. Ce type de formulation (« l'exception GATT ») est apparu pour la première fois dans l'article XII(2)(b) du traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et la Pologne¹⁴. Citons également l'exemple de l'article G8 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, selon lequel la clause NPF du chapitre sur l'investissement « ne s'applique pas à une mesure qui constitue une exception ou une dérogation aux obligations d'une partie aux termes de l'Accord sur les ADPIC, ainsi qu'il est expressément prévu dans ledit Accord ».

L'accord conclu le 22 septembre 2003 par les États-Unis, la Commission européenne et certains pays membres ou candidats relativement à leurs TBI avec les États-Unis décrit les moyens mis en œuvre, par le biais de protocoles individuels, pour éviter les incompatibilités potentielles découlant des obligations NPF contenues dans les TBI et des obligations découlant de l'appartenance à l'Union européenne.

Il convient enfin de noter qu'un petit nombre de pays membres de l'OMC ont signalé que des dispositions de fond de leurs traités bilatéraux d'investissement comportaient des exemptions aux obligations NPF de l'AGCS pour garantir un niveau de traitement plus élevé dans le cadre de ces TBI qu'aux termes de leurs engagements contractés dans celui de l'AGCS¹⁵.

L'article V(1) de l'AGCS (Intégration économique) n'empêche aucun des membres d'être partie ou de participer à un accord libéralisant le commerce des services entre parties audit accord, à condition que cet accord satisfasse aux conditions énoncées au paragraphe 1 de cet article. L'article V(6) du GATS dispose en outre qu'un fournisseur de services de tout autre membre qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1 aura droit au traitement accordé en vertu dudit accord, à condition qu'il effectue des opérations commerciales substantielles sur le territoire des parties audit accord. On trouvera dans les articles 1101 et 1139 de l'ALENA, les articles 43-48 du Traité de Rome et l'annexe G du Protocole d'accord entre l'UE et les États-Unis relatif à certains traités d'investissement bilatéraux, en date du 22 septembre 2003.

3. Travaux de la Commission du droit international^{16, 17}

En 1964, la Commission du droit international (CDI) a entrepris un projet pluriannuel consistant à élaborer une série de projets d'articles sur la clause NPF¹⁸. L'idée de ce projet a initialement été émise dans le cadre des travaux de la CDI sur le droit des traités et, comme on l'a indiqué en l'introduction au projet, les traités doivent être interprétés à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne)¹⁹. En décidant de mener ce projet, la CDI reconnaissait l'importance du rôle de l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée dans le commerce international. La CDI n'a cependant pas limité spécifiquement ses travaux au commerce international²⁰ et a plutôt exploré l'application de la clause dans le plus grand nombre de domaines possible²¹.

En 1978, la CDI a adopté le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et recommandé à l'Assemblée générale des Nations Unies que ces articles soient utilisés pour la conclusion d'une convention sur la question. L'Assemblée générale n'a pas donné suite à cette recommandation et n'a pas pris de mesure concrète au sujet du projet d'articles²². Les travaux de la CDI présentent néanmoins une analyse générale des clauses NPF ainsi qu'un aperçu du principe *ejusdem generis*, qui a été suivi pour l'interprétation de plusieurs affaires judiciaires et arbitrales, notamment des affaires récentes.^{23, 24} La présente section résume les grandes lignes de ces travaux²⁵.

3.1. Principes généraux d'une clause NPF²⁶

Lorsqu'on examine les travaux de la CDI, il importe de noter d'abord que le projet d'articles élaboré par la Commission ne devait entraver « aucune disposition par ailleurs établie d'un commun accord entre l'État concédant et l'État bénéficiaire » (article 29)²⁷. Par conséquent, le contenu du traitement dû dans chaque cas d'espèce est d'abord défini par la formulation concrète de la clause NPF concernée. Le texte de cette clause doit être interprété conformément aux principes de l'interprétation des traités, tels que codifiés dans la Convention de Vienne, dont l'article 31.1 dispose 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 but »²⁸.

Telle qu'elle est décrite dans les travaux de la CDI, la clause NPF revêt la forme d'une disposition d'un traité par laquelle un État (l'État concédant) s'engage à respecter une « obligation » à l'égard d'un autre État (l'État bénéficiaire) consistant à accorder un traitement NPF dans une sphère convenue de relations et l'État (bénéficiaire), à accepter ce traitement²⁹. La clause peut aussi spécifier les personnes ou les choses auxquelles le traitement NPF s'applique. Au bout du compte, l'étendue des avantages auxquels l'État bénéficiaire peut prétendre (pour lui-même ou pour les personnes ou les choses qui se trouvent dans un rapport

déterminé avec lui) est limitée par le traitement accordé par l'État concédant à un État tiers (ou aux personnes ou aux choses qui se trouvent dans le même rapport avec un État tiers)³⁰.

La clause NPF peut être invoquée si l'État tiers (ou les personnes ou les choses se trouvant avec l'État tiers dans le même rapport que les personnes ou les choses mentionnées dans la clause avec l'État bénéficiaire) s'est vu accorder les avantages qui constituent le traitement NPF visé dans la clause. La simple existence d'un traitement plus favorable suffit pour déclencher l'application de la clause. Ce traitement peut être fondé sur un traité, un autre accord ou un acte unilatéral, législatif ou d'une autre nature, ou sur le simple usage³¹. L'État bénéficiaire peut s'appuyer sur une clause NPF pour revendiquer également les mêmes avantages que ceux qui sont accordés à l'État tiers. En fonction de la rédaction de la clause NPF, le simple fait que cet État tiers ne se soit pas prévalu des avantages qui lui ont été accordés par l'État concédant n'exempte pas l'État concédant de l'obligation qui lui est faite aux termes de la clause NPF³².

Lorsqu'il y a deux traités, l'un entre l'État concédant et l'État bénéficiaire, dans lequel est énoncée la clause NPF, et l'autre entre l'État concédant et un État tiers, le traité qui contient la clause NPF est considéré comme étant le traité « de base »³³. Comme l'a estimé le Tribunal à la majorité des voix dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.³⁴, qui a fait date, « c'est le traité qui établit le lien juridique entre l'État bénéficiaire et un traité conclu avec une tierce partie et confère à cet État les droits dont jouit la tierce partie. Un traité conclu avec une tierce partie, indépendant et distinct du traité de base, ne peut produire d'effet juridique comparable à ceux du traité conclu entre l'État bénéficiaire et l'État concédant (ce qui est conclu entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres³⁵) ». Le bénéficiaire peut, dans la mesure où la clause NPF de son propre traité le prévoit, revendiquer tous les droits et avantages accordés par l'État concédant à l'État tiers. Cette extension peut être considérée comme un raccourci juridique « ingénieux » vis-à-vis du processus des traités³⁶.

L'État concédant et l'État bénéficiaire peuvent toutefois restreindre, dans le traité de base, l'étendue des avantages qui peuvent être revendiqués par le bénéficiaire. Si la clause comporte une restriction, l'État bénéficiaire ne peut revendiquer d'avantage au-delà des limites fixées par la clause, même si le traitement n'atteint pas le niveau des avantages accordés par l'État concédant à un État tiers³⁷.

3.2. Le principe *ejusdem generis*

Le principe *ejusdem generis* est la règle selon laquelle une clause NPF ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère.

L'article 9 du projet d'articles de la CDI prévoit que l'État bénéficiaire d'une clause NPF acquiert seulement, pour lui-même ou pour le compte de personnes ou de choses qui se trouvent dans un rapport déterminé avec lui, les droits entrant dans les limites de l'objet de la clause NPF, et ce uniquement à l'égard des personnes ou des choses spécifiées dans la clause ou que son objet désigne implicitement. Le projet d'article 10 propose que les droits acquis soient ceux que l'État qui octroie le traitement NPF accorde à un État tiers, dans les limites de l'objet de la clause NPF, et cela seulement si les personnes ou choses bénéficiaires appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses qui bénéficient du traitement octroyé à l'État tiers, et se trouvent dans le même rapport avec cet État³⁸.

Objet de la clause

Le Commentaire sur les projets d'articles 9 et 10 souligne que les droits du bénéficiaire sont limités, en ce qui concerne l'objet, de deux manières, à savoir par la clause elle-même, qui se rapporte à un certain objet, et par les droits conférés par l'État concédant à l'État tiers. Même si le sens de la règle est clair, son application n'est pas toujours aisée. La Commission a étudié les affaires mentionnées ci-après.

Dans *l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company (1952)*³⁹ – soulevée par la nationalisation de l'industrie pétrolière par le gouvernement de l'Iran – le Royaume-Uni a invoqué les clauses NPF des accords conclus avec l'Iran en 1857 et en 1903 pour obtenir le traitement prévu dans le Traité d'amitié, de commerce et d'établissement intervenu en 1934 entre l'Iran et le Danemark et dans des traités similaires conclus en 1934 et 1937 avec la Suisse et la Turquie, qui garantissaient aux personnes et aux biens des parties un traitement conforme au droit international. La Cour a rejeté la requête au motif qu'elle n'était pas compétente⁴⁰.

Dans *l'affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (1952)*⁴¹ – qui avait trait en particulier à l'étendue de la juridiction consulaire que les États-Unis pouvaient exercer dans la zone française du Maroc ainsi qu'à la question de l'immunité fiscale des ressortissants des États-Unis – la Cour internationale de justice a conclu que les États-Unis n'étaient pas fondés, en vertu des clauses relatives au traitement NPF contenues dans leur traité de 1836 avec le Maroc, à exercer la juridiction consulaire dans la zone française du Maroc dans d'autres affaires que celles qui sont expressément incluses dans ledit traité. La Cour a estimé à cet égard que les États-Unis avaient acquis une juridiction consulaire additionnelle par l'effet de ces clauses NPF mais que ces avantages dérivés de la clause NPF étaient devenus caducs quand la Grande Bretagne a, en signant la convention franco-britannique de 1937, mis fin à tous ses droits et privilèges ayant un caractère capitulaire. La Cour a également conclu que la

clause NPF ne justifiait pas l'immunité fiscale car aucun autre État n'en bénéficiait pour ses ressortissants⁴². Les observations de la Cour semblaient toutefois sous-entendre que le champ d'application de la clause NPF dans un traité était restreint aux questions visées par ledit traité.

Dans **l'affaire Ambatielos (1952⁴³, 1953⁴⁴, 1956⁴⁵)**, le gouvernement de la Grèce, se fondant sur l'article X (Clause NPF) et l'article XV (Traitement national) du Traité de commerce et de navigation conclu par la Grèce et le Royaume-Uni en 1886 et une déclaration annexée au Traité de commerce et de navigation de 1926, a invoqué les dispositions comprises dans des traités antérieurs intervenus entre le Royaume-Uni et des États tiers (Danemark, Suède et Bolivie) et affirmé que l'armateur grec Ambatielos avait été l'objet d'un déni de justice dans un différend qu'il avait soumis aux tribunaux anglais. Dans ses jugements du 1^{er} juillet 1952 et du 19 mai 1953, la Cour internationale de justice s'est déclarée compétente pour décider si le Royaume-Uni était tenu de soumettre à arbitrage le différend portant sur la validité de la réclamation d'Ambatielos, en vertu du traité anglo-hellénique de 1886. Dans le même temps, la Cour s'est déclarée incompétente pour statuer sur le fond de la réclamation. L'affaire a ultérieurement été soumise à la Commission d'arbitrage, qui a finalement rejeté la réclamation dans sa décision du 6 mars 1956, estimant que les dispositions contenues dans les autres traités invoqués par le gouvernement de la Grèce ne prévoyaient pas de « privilèges, avantages ou immunités » plus larges que ceux découlant de la clause du traitement national. La CIJ a néanmoins fait référence à cette affaire parce que la Commission d'arbitrage a affirmé :

« La clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que les matières relevant du même ordre de sujets que celui auquel se rapporte la clause elle-même. » En ce qui a trait aux détails de l'affaire, elle a affirmé : « ... Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative au "commerce et à la navigation" mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des commerçants. La protection des droits des commerçants trouve tout naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation. On ne peut donc pas dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation.⁴⁶ ».

La Commission du droit international s'est également fondée sur des décisions rendues par des tribunaux nationaux⁴⁷. Dans **une affaire examinée en France** en 1913⁴⁸, la Cour de Cassation a estimé que certaines exigences procédurales pour intenter une action énoncées dans une convention entre la France et la Suisse n'avaient pas lieu d'être invoquées : la Convention portait sur la juridiction et l'exécution d'un jugement et l'invocation était demandée

au profit de ressortissants allemands, par suite d'une clause NPF figurant dans un traité commercial franco-allemand de 1871 s'appliquant à « l'admission et au traitement des sujets des deux nations », La Cour a conclu que « ces dispositions NPF concernaient seulement les relations commerciales entre la France et l'Allemagne, considérées du point de vue des droits conférés par le droit international et non sous l'angle des droits conférés par le droit civil », et que « la clause de la nation la plus favorisée pouvait être invoquée seulement si l'objet du traité dans laquelle elle est stipulée est le même que celui du traité particulièrement favorable dont l'avantage est revendiqué ».

Dans *l'affaire Lloyds Bank v. de Ricqlès et Gaillard (1930⁴⁹)*, le Tribunal de commerce de la Seine a rejeté une réclamation de la Lloyds Bank, qui, ayant reçu l'ordre de payer une caution judiciaire, avait invoqué l'article premier de la convention anglo-française réglementant les relations commerciales maritimes conclue le 28 février 1882 afin de bénéficier des dispositions du traité franco-suisse du 15 juin 1889, qui donnait aux ressortissants helvétiques le droit d'instituer des poursuites en France sans être tenus de payer une caution judiciaire. La Lloyds Bank faisait valoir que l'article premier de la convention anglo-française obligeait les parties à s'accorder « immédiatement et sans conditions l'effet de tout avantage, immunité ou privilège dans les questions de commerce et d'industrie qui ont été concédés par l'une des parties à une nation tierce, quelle qu'elle soit, en Europe ou ailleurs ». Selon le Tribunal, une partie à une convention à caractère général comme la Convention anglo-française ne pouvait pas revendiquer, au titre de la clause NPF, les avantages d'une convention spéciale comme la Convention franco-suisse, qui traitait d'un objet particulier, en l'occurrence l'exemption de l'obligation de payer une caution judiciaire⁵⁰.

Mentionnant ce dossier, la Commission du droit international a indiqué, que dans la logique de cette affaire, un dilemme se poserait aux rédacteurs d'une clause NPF, quant à savoir s'il faut la rédiger en termes très généraux, et risquer qu'une interprétation stricte de la règle *ejusdem generis* lui fasse perdre de son efficacité, ou en termes très explicites, en énumérant les domaines spécifiques d'application, et risquer de donner une énumération incomplète⁵¹.

Dans son commentaire, la CDI affirme que c'est seulement la catégorie de l'objet de la clause, et non celle du traité ou de l'accord, qui doit être la même. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le traité ou l'accord appartienne à la même catégorie que les avantages revendiqués aux termes de la clause. Affirmer le contraire diminuerait grandement la valeur de la clause NPF. Toutefois, le texte du traité assorti d'une clause NPF sert en partie de contexte aux fins de son interprétation au titre de l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Dans son Commentaire (11) sur les projets d'articles 9 et 10, la Commission note que, comme le processus NPF a pour effet, par le biais des dispositions d'un traité, d'attirer celles d'un autre traité, sauf s'il est strictement limité aux affaires où l'objet des deux séries de clauses concernées est substantiellement le même, on pourrait en arriver à imposer à l'État concédant de se conformer à des obligations qu'il n'avait jamais envisagées.

Catégories de personnes ou de choses

La Commission a proposé un raisonnement similaire pour évaluer l'application du traitement NPF à des catégories particulières de personnes ou de choses. En substance, l'État bénéficiaire peut revendiquer le traitement NPF seulement pour la catégorie de personnes ou de choses qui reçoit ou est habilitée à recevoir un certain traitement ou un certain avantage découlant du droit d'un État tiers. Qui plus est, les personnes ou les choses à l'égard desquelles le traitement NPF est demandé doivent se trouver avec l'État bénéficiaire dans le même rapport que les personnes ou choses comparables avec les États tiers⁵². Dans certains cas, la clause NPF ne précise pas quelles sont les personnes ou les choses qui peuvent bénéficier de la clause. La CDI suggère que dans ces cas, l'objet de la clause – par exemple, les droits de douane, le commerce, la navigation – détermine implicitement la catégorie de personnes ou de choses qui peuvent en bénéficier – importateurs, commerçants, navires⁵³.

4. Affaires récentes

Parmi les nombreuses affaires soumises au CIRDI ces dernières années⁵⁴, deux, **Maffezini c. le Royaume d'Espagne** et **Tecnicas MedioAmbientales Tecmed S.Ac. les États-Unis du Mexique**, retiennent l'attention parce qu'elles soulèvent des questions concernant la clause NPF.

4.1. Traités bilatéraux d'investissement (TBI)

Maffezini c. l'Espagne

L'affaire Maffezini c. le Royaume d'Espagne (2000)⁵⁵ concernait un différend survenu au sujet du traitement qui aurait été réservé à l'investisseur argentin Emilio Agustin Maffezini par les entités espagnoles en relation avec son investissement dans une entreprise de production et de distribution de produits chimiques dans la région de Galice, en Espagne. L'Espagne (le défendeur) a contesté la compétence du tribunal au motif que M. Maffezini (le plaignant) n'avait pas épuisé les voies de recours locales, conformément aux exigences du TBI entre l'Argentine et l'Espagne. M. Maffezini a admis que le différend n'avait pas été porté devant les tribunaux espagnols avant d'être soumis à l'arbitrage du CIRDI mais a invoqué le fait que la clause NPF du TBI entre l'Argentine et l'Espagne l'autorisait à invoquer l'acceptation de

l'arbitrage du CIRDI formulée par l'Espagne dans le TBI entre le Chili et l'Espagne, et qu'aucune des exceptions à la clause NPF énoncée dans le TBI conclu par l'Argentine et l'Espagne ne s'appliquait aux dispositions relatives au règlement des différends en cause dans l'affaire.

Le 25 janvier 2000, le Tribunal a jugé que⁵⁶, en vertu de la clause NPF du TBI conclu par l'Argentine et l'Espagne en 1991, le plaignant avait le droit d'étendre les dispositions juridictionnelles les plus favorables du TBI conclu par le Chili et l'Espagne en 1991 et, par conséquent, de recourir à l'arbitrage international sans être auparavant tenu de saisir les tribunaux espagnols du différend dans le délai de dix-huit mois qui précède⁵⁷. L'article IV(2) du TIB entre l'Argentine et l'Espagne garantit un traitement juste et équitable aux investisseurs (paragraphe 1) et dispose ensuite :

« Pour toutes les questions visées par le présent accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque partie aux investissements faits sur son territoire par les investisseurs d'un pays tiers⁵⁸. »

À cet égard, le Tribunal a mentionné le principe *ejusdem generis*⁵⁹ et le raisonnement suivi dans l'affaire *Ambatielos* (à savoir que la clause NPF peut s'appliquer aux dispositions concernant « l'administration de la justice ») Le Tribunal a également fait observer que les accords de règlements des différends conclus de nos jours sont « indissociablement liés » à la protection des investisseurs étrangers :

« Indépendamment du fait que le traité de base qui énonce la clause ne se réfère pas expressément au règlement des différends tel qu'il est visé par la clause de la nation la plus favorisée, le Tribunal considère qu'il y a de bonnes raisons de conclure que les accords de règlement des différends sont aujourd'hui indissociablement liés à la protection des investisseurs étrangers, comme ils le sont à la protection des droits des commerçants dans les traités de commerce. La juridiction consulaire et les autres formes de juridiction extraterritoriale étaient naguère considérées comme indispensables à la protection des droits des commerçants et, par conséquent non pas simplement comme des instruments procéduraux, mais comme des accords conçus pour mieux protéger les droits de ces personnes à l'étranger⁶⁰. Il s'ensuit que ces accords, même s'ils ne constituaient pas strictement un des aspects essentiels de la politique commerciale et d'investissement recherchée par les traités de commerce et de navigation, étaient indispensables à la protection appropriée des droits qu'ils devaient garantir.

L'arbitrage international et les autres accords de règlement des différends ont remplacé ces pratiques plus anciennes, souvent abusives. Ces évolutions modernes sont toutefois indispensables à la protection des droits visés par les traités en question ; elles font étroitement partie des aspects essentiels du traitement accordé. (...) »

Le Tribunal a conclu :

« ... si un traité avec une tierce partie contient des dispositions relatives au règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et des intérêts des investisseurs que celles qui sont contenues dans le traité de base, ces dispositions pourraient être étendues au bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée car elles sont entièrement compatibles avec le principe *ejusdem generis*⁶¹... »

En vertu de la clause NPF d'une portée particulièrement large énoncée dans le traité entre l'Argentine et l'Espagne, qui se référait expressément à « toutes les questions visées par l'accord »⁶² le Tribunal n'a pas admis l'argument de la défense selon lequel « en vertu du principe *ejusdem generis*, la clause de la nation la plus favorisée peut s'appliquer seulement à l'égard... des questions de fond ou des aspects essentiels du traitement accordé aux investisseurs, et non des questions procédurales ou juridictionnelles »⁶³.

En rendant sa décision, le Tribunal a fait observer que dans certains TBI, la clause NPF englobe expressément les dispositions relatives au règlement des différends⁶⁴. Dans d'autres traités, la clause vise tous les droits énoncés dans l'accord sans mentionner le règlement des différends⁶⁵.

Le Tribunal a toutefois limité l'interprétation qu'il a faite de la clause :

« Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord en question, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé...

On pourrait envisager un certain nombre de situations autres que celle de l'affaire examinée ici. Premièrement, si une partie contractante a subordonné son acceptation de l'arbitrage à l'épuisement des recours locaux, ce qu'autorise la Convention du CIRDI, elle ne pourrait contourner cette exigence qu'en invoquant la clause de la nation la plus favorisée énoncée dans un accord conclu avec une tierce partie et qui serait exempte de cet élément, étant donné que la condition stipulée reflète une règle fondamentale du droit international. Deuxièmement, si les parties sont convenues d'une procédure de règlement des différends qui permet de choisir de soumettre le différend soit aux tribunaux nationaux, soit à l'arbitrage international, le choix à cet égard étant définitif et irréversible, elles ne peuvent pas contourner cette disposition en invoquant la clause. Cette conclusion s'impose pour ne pas compromettre la finalité de mécanismes que de nombreux pays estiment importants du point de vue de la politique gouvernementale. Troisièmement, si l'accord prévoit une instance d'arbitrage particulier, comme le CIRDI, ce choix ne peut être modifié en invoquant la clause dans le but de renvoyer le différend à un autre système d'arbitrage. Enfin, si les parties sont convenues d'un système d'arbitrage très institutionnalisé qui incorpore des règles de procédure précises, ce

qui est le cas, par exemple, de l'Accord de libre-échange nord-américain et des accords similaires, il est évident qu'aucun de ces dispositifs ne peut être modifié par l'application de la clause, étant donné que ces dispositions très spécifiques traduisent la volonté précise des parties. D'autres éléments de la politique gouvernementale ayant pour effet de limiter l'application de la clause seront sans doute identifiés par les parties ou les tribunaux. Il est de toute façon évident qu'il faut faire la distinction entre l'extension légitime des droits et des avantages par le biais de l'application de la clause d'une part, et la recherche systématique du traité le plus favorable, qui irait à l'encontre des objectifs d'action des dispositions sous-jacentes spécifiques des traités d'autre part⁶⁶. »

Tecmed v. Mexico^{67, 68}

Dans sa décision rendue dans cette affaire le 29 mai 2003, le Tribunal a jugé que le défendeur avait manqué à ses obligations découlant du TBI conclu par le Mexique et l'Espagne en 1996, énoncées aux articles 4(1) (Traitement juste et équitable) et 5(1) (Nationalisation et expropriation), eu égard à l'omission, par le gouvernement du Mexique, du renouvellement de la licence de l'investisseur espagnol, la société de traitement de déchets dangereux « Cytrar », dans l'État de Sonora. Examinant les mises en cause de la compétence du tribunal arbitral et la soumission dans les délais prescrits de certaines actions par le plaignant, le Tribunal devait toutefois décider si les « conditions les plus favorables » prévues à l'article 8(1) du traité autorisaient le plaignant à revendiquer l'application rétroactive de son recours au titre du traitement plus favorable qui aurait été accordé en relation avec cette affaire à un investisseur autrichien en vertu du TBI conclu par l'Autriche et le Mexique le 29 juin 1998. Cet article prévoit⁶⁹ :

« Si les dispositions du droit de l'une des parties contractantes ou les obligations des parties contractantes, présentes ou futures, découlant du droit international en marge du présent accord entraînent une réglementation générale ou spécifique en vertu de laquelle il devrait être accordé aux investissements de l'investisseur de l'autre partie un traitement plus favorable que celui qui est envisagé dans le présent accord, cette réglementation l'emportera sur le présent accord dans la mesure où il est plus favorable⁷⁰. »

Dans son exposé, le plaignant a rappelé le jugement rendu dans l'affaire *Maffezini*. Le Tribunal n'a pas examiné les dispositions du TBI entre l'Autriche et le Mexique et, citant les paragraphes 62 et 63 de la décision *Maffezini* déjà mentionnée, a statué :

«... les questions relatives à l'application de l'Accord dans le temps, qui font intervenir la dimension temporelle de ses dispositions de fond plus que les questions de procédure ou de juridiction, sont, en raison de leur signification et de leur importance, des questions essentielles qui doivent être spécifiquement négociées par les parties contractantes. Elles déterminent l'acceptation de l'accord

par les parties du fait qu'elles sont directement liés à la définition du régime de protection base applicable à l'investisseur étranger et, en particulier, au contexte juridique général (national ou international) dans lequel s'inscrit ce régime et à l'accès de l'investisseur étranger à ses dispositions de fond. Leur application ne peut par conséquent pas être compromise par le principe énoncé dans la clause de la nation la plus favorisée⁷¹. »

De même, le Tribunal a déclaré que le Titre II (4) et (5) de l'annexe de l'Accord entre le Mexique et l'Espagne (relatif au règlement des différends) :

« ... comporte des prescriptions relatives à l'admissibilité sur le fond des plaintes de l'investisseur étranger, c'est-à-dire à son accès au régime de protection de base visé par l'Accord. Par conséquent, ces prescriptions sont nécessairement placées au centre des négociations des parties contractantes, qui, il faut donc le présumer, n'auraient pas conclu l'accord en leur absence. Le tribunal d'arbitrage estime par conséquent qu'elles sont situées hors du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée énoncée à l'article 8(1) de l'accord⁷². »

Examinant l'affaire sur le fond, le Tribunal a estimé qu'il n'y avait pas violation de la clause NPF énoncée dans l'Accord⁷³.

4.2. ALENA

La clause NPF a été invoquée dans deux affaires soumises au titre du chapitre de l'ALENA sur l'investissement. Dans leur décision finale, les tribunaux ont toutefois rejeté dans les deux cas l'applicabilité des clauses NPF. Ces affaires ne peuvent donc pas éclairer l'objet principal de la présente étude, qui est l'application des clauses NPF.

ADF c. États-Unis d'Amérique (2002)

L'affaire ADF concerne la seule plainte liée à l'ALENA à l'occasion de laquelle le plaignant a allégué le non-respect de la clause relative au traitement NPF énoncée à l'article 1103. Dans sa décision rendue le 9 janvier 2003, le Tribunal a estimé que la plainte d'ADF au titre de l'article 1103 constituait une tentative visant à atténuer l'impact de l'interprétation faite par la Commission du libre-échange dans le cadre de la plainte déposée en vertu de l'article 1105⁷⁴. Le Tribunal a néanmoins rejeté la plainte, au motif que selon l'article 1108(7)(a), l'article relatif au traitement NPF ne s'appliquait pas à la plainte d'ADF parce que l'affaire portait sur des marchés publics⁷⁵. Le Tribunal n'a donc pas effectué d'analyse minutieuse de la plainte d'ADF au titre de l'article 1103.

Pope and Talbot Inc. c. Canada (2001, 2002)

Dans l'affaire *Pope and Talbot*, le plaignant invoquait un manquement à l'article 1105, et non pas à l'article 1103. Toutefois, l'arrêt définitif sur le fond

rendu le 10 avril 2001 laisse entendre qu'une clause NPF peut avoir pour effet d'étendre à l'ALENA ce que le tribunal a décrit comme le « traitement juste et équitable » plus favorable prescrit dans certains TBI⁷⁶. Le Tribunal a ensuite fait remarquer que cette formulation permet aux investisseurs de recevoir un traitement juste et équitable sans égard aux limitations inhérentes au droit international puisque ces accords prévoient que « les investisseurs doivent toujours se voir accorder un traitement juste et équitable... et ne recevront en aucun cas un traitement moins favorable que celui prescrit par le droit international ». Le Tribunal a ensuite jugé que comme les investisseurs régis par l'ALENA peuvent bénéficier de ce traitement plus favorable en vertu de l'article 1103, il ne serait pas logique que les parties à l'ALENA nient ces droits aux termes de l'article 1105 pour les voir réactivés par la suite en vertu de l'article 1103. Le Tribunal a également affirmé que les parties à l'ALENA n'avaient fort probablement pas eu l'intention, lorsqu'elles ont rédigé l'article 1105, d'accorder aux investisseurs de l'autre partie un traitement moins favorable qu'à ceux des autres pays⁷⁷. Pour cette raison, le Tribunal a jugé qu'il y avait manquement à l'article 1105.

Peu après que la Décision sur le fond a été rendue, la Commission du libre-échange de l'ALENA adopté une interprétation obligatoire de l'article 1105 le 31 juillet⁷⁸. Cette interprétation a été suivie quelques mois plus tard par la décision du Tribunal sur les dommages. Dans cette décision, le Tribunal acceptait, à titre de base de travail⁷⁹, l'interprétation de la Commission du libre-échange, qui précisait que l'article 1105 ne demande pas un traitement plus ou moins favorable que celui qui est exigé par la norme du traitement minimal du droit international coutumier, mais maintenait sa décision antérieure en faveur du plaignant concluant qu'il y avait eu infraction à l'article 1105 malgré l'interprétation de la Commission du libre-échange. Le Tribunal a toutefois estimé « inutile d'examiner des affaires concernant les articles 1102 ou 1103 soumises après l'interprétation »⁸⁰.

Le raisonnement sur le fond du tribunal dans l'affaire *Pope and Talbot* n'a pas été suivi dans des affaires ultérieures relatives à l'ALENA⁸¹.

5. Résumé

On peut résumer comme suit les principaux points soulevés dans la présente note :

- Le traitement NPF a longtemps été une règle centrale des relations économiques internationales. Il garantit une égalité des chances dans la concurrence entre les nations en ce qui concerne les questions auxquelles s'applique la clause NPF comme le commerce, l'investissement ou tout domaine de coopération économique. Même s'il s'applique à l'investissement international depuis moins longtemps qu'au commerce

international, il est largement accepté, de même que le traitement national, comme l'une des normes les plus importantes à l'égard des investisseurs et de leurs investissements.

- Malgré leur prévalence dans les traits sur l'investissement, les clauses NPF n'ont pas de signification universelle. De fait, la formulation et l'application des clauses NPF varie considérablement selon les traités sur l'investissement. Dans certains cas, le champ d'application des clauses s'étend à la totalité du traité ; dans d'autres, la clause se limite à certaines des questions abordées dans le traité. L'application et l'interprétation correcte d'une clause NPF donnée dans une affaire précise demande un examen attentif du texte de la disposition convenue, comme le prescrivent les règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne.
- Le principe *ejusdem generis* a été appliqué et confirmé par la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux et par la pratique diplomatique. Selon ce principe, une clause NPF ne peut attirer le traitement plus favorable accordé dans d'autres traités qu'en ce qui concerne « les mêmes objets, questions et catégories de questions ». Ce principe peut apporter des indications utiles. Toutefois, comme on l'a vu, l'interprétation et l'application d'une clause NPF donnée doivent être entreprises en s'appuyant sur le texte de la disposition et conformément aux règles générales d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne.

Notes

1. La Commission du droit international (CDI) définit ainsi le traitement NPF : « Le traitement de la nation la plus favorisée est 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 tiers » ; article 5 du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (projet de la CDI), in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, partie 2, p. 21.
2. Voir en particulier les observations formulées par certains pays socialistes dans « Observations des États membres, des organismes des Nations Unies, des institutions spécialisées et des autres organisations intergouvernementales sur le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission du droit international à sa vingt-huitième session », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, partie 2, p. 162 seq.
3. Voir l'article 7 du projet de la CDI, les observations s'y rapportant et la doctrine à laquelle il est ici fait référence, *ibid.*, p. 24 seq. et suivant. Voir aussi *Oppenheim's International Law*, R. Jennings, A. Watts, dir. pub., vol. I, Harlow, 1992, p. 1326 seq.
4. Pour un historique détaillé de la clause NPF jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, notamment des travaux de la Société des nations ou effectués sous ses auspices, voir le premier rapport du Rapporteur spécial de la CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II, p. 157 seq.

5. Traité d'amitié et de commerce conclu le 6 février 1778 entre la France et les États-Unis, article 3, 8 stat. 12 (« Les Sujets du Roi Très Chrétien ne payeront, dans les Ports, Havres, Rades, Contrées, Isles, Cités et Lieux des États-Unis ou d'aucun d'entr'eux d'autres ni plus grands droits et impôts (...) que ceux que les Nations les plus favorisées sont ou seront tenues de payer ; et ils jouiront de tous les Droits, Libertés, Privilèges, Immunités et Exemptions en fait de Négoce, Navigation et Commerce (...) dont les Nations susdites jouissent ou jouiront. ») ; voir aussi *id.*, article 4 (disposition similaire concernant les ressortissants des États-Unis en France).
6. Conférence des Nation Unies sur le commerce et l'emploi, Acte final et documents connexes, avril 1948, article 12 (*Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction*), paragraphe 2(a)(ii).
7. De tous les accords de l'OMC, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) passe généralement pour être celui qui traite le plus directement des questions d'investissement. Le troisième mode de prestation des services concerne l'offre d'échange de services par le biais d'une « présence commerciale », ce qui correspond fondamentalement à une opération d'investissement.
8. Dans le texte du projet définitif en date du 28 janvier 2004 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Amérique centrale (CAFTA) résultant des négociations conclues en décembre 2003, on trouve une interprétation du champ d'application de la clause relative au traitement NPF dans le chapitre de l'Accord concernant l'investissement (chapitre 10) :
 « Les parties notent la décision récente du tribunal arbitral dans l'affaire Maffezini (Argentine) c. le Royaume d'Espagne, qui a jugé qu'une clause relative au traitement de la nation la plus favorisée d'une portée inusitée contenue dans un accord entre l'Argentine et l'Espagne englobait les procédures de règlement des différends internationaux. Voir la décision de la juridiction, paragraphes 38-64 (25 janvier 2000), reproduite dans 16 ICSID Rév.-F.I.L.J. 212(2002). Par comparaison, le champ d'application de l'article de l'Accord sur le traitement de la nation la plus favorisée se limite expressément aux questions "concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements,„. Les parties s'accordent sur le sens et le but de cette clause, à savoir qu'elle n'englobe pas les mécanismes de règlement des différends internationaux tels que ceux contenus dans la section C du présent chapitre et qu'elle ne peut par conséquent pas raisonnablement mener à une conclusion similaire à celle de l'affaire Maffezini ».
 Cette note de bas de page sera supprimée du texte final de l'Accord, mais les parties sont convenues de l'inclure dans l'historique des négociations pour indiquer leur accord sur le sens de l'article concernant le traitement de la nation la plus favorisée et l'affaire Maffezini.
 Le texte préliminaire du CAFTA fait actuellement l'objet d'un examen visant à assurer son exactitude, sa clarté et sa cohérence du point de vue juridique. En vertu du *Trade Act* de 1992, l'administration doit notifier la signature de l'Accord au Congrès au moins 90 jours à l'avance. L'administration prévoit de notifier prochainement au Congrès son intention de signer le CAFTA. Voir le site www.ustr.gov/releases/2003/12/03-82.pdf.
9. www.ustr.gov/new/fta/chile.htm. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.
10. www.ustr.gov/new/fta/Singapore/final.htm. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.
11. Ces exceptions au traitement NPF s'appliquent notamment : a) aux accords internationaux en vigueur ou signés avant la date de l'entrée en vigueur de l'ALENA ; ou b) aux accords internationaux en vigueur ou signés après la date de

l'entrée en vigueur de l'ALENA concernant l'aviation, les pêches, les affaires maritimes, les réseaux ou services de transport de télécommunications (cette exception ne s'applique ni aux mesures décrites dans le chapitre de l'ALENA sur les télécommunications ni à la production ou à la vente d'émissions de radio ou de télévision, ni à l'octroi de permis pour ces émissions) et (c) à certaines mesures des États ainsi qu'à des programmes d'aide.

12. Voir ALENA, article 2103 (« Sauf pour ce qui est indiqué au présent article, aucune disposition du présent accord ne s'appliquera aux mesures fiscales »).
13. Voir ALENA, article 1101(3) (« Le présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une partie dans la mesure où celles-ci sont couvertes par le chapitre 14 (services financiers) »).
14. Kenneth J. Vandeveld, *US Bilateral Investment Agreements, the Second Wave*, in *Michigan Journal of International Law*, été 1993, p. 15.

15. Le Costa Rica a réservé pour tous les secteurs « des mesures accordées aux termes des traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements destinés à encourager, de façon préférentielle, les investissements de certains pays couverts par de tels accords ». La Jordanie a notifié que « des mesures accordant un traitement préférentiel sont conformes aux termes des traités bilatéraux d'investissement ». Le Koweït accorde une exemption aux accords multilatéraux concernant la promotion et la protection de l'investissement en notifiant « les mesures prises pour promouvoir et protéger les investissements qui sont appliquées conformément aux accords et engagements bilatéraux et multilatéraux auxquels le Koweït est partie ». La Pologne a notifié des dispositions sur la présence commerciale contenues dans les accords pour la promotion et la protection des investissements étrangers qui vont au-delà des restrictions prévues dans la liste d'engagements spécifiques de la Pologne. Trinidad et Tobago ont exempté d'avance tous les traités bilatéraux existants et futurs sur la promotion et la protection des investissements. Les États-Unis ont prévu une exemption de la clause NPF pour les obligations prévues par les TBI en matière d'entrée et de séjour s'agissant des mouvements de personnel. L'Uruguay a notifié à titre de mesure non conforme à l'article II « les dispositions des accords de promotion et de protection des investissements qui garantissent aux investisseurs de l'autre partie contractante la liberté de transférer et d'investir des capitaux et toute autre somme liée à des investissements et qui garantissent aussi les investisseurs contre les risques non commerciaux auxquels leurs investissements sont exposés ». Singapour a également dressé une liste d'exemptions au titre du traitement préférentiel résultant des Accords de garantie des investissements.

Le Canada, le Chili et la Pologne ont en outre invoqué une exemption pour des mesures procédurales dans leurs TBI. L'exemption du Chili concernant les mesures mettant en place les procédures de règlement des différends contenues dans les traités bilatéraux existants ou futurs sur la promotion et la protection des investissements s'applique en principe à tous les pays. Le Canada et la Pologne ont indiqué qu'ils acceptaient « l'arbitrage contraignant des différends investisseur/État sur l'investissement introduit par des prestataires de services, ou en ce qui les concerne, de pays avec lesquels le Canada ou la Pologne ont ou peuvent avoir passé des accords prévoyant de telles procédures ».

Dans certains autres cas, les exceptions par pays à l'article II de l'AGCS font référence au traitement préférentiel prévu dans le cadre d'accords sectoriels ou régionaux. La Bulgarie a notifié une exception au traitement NPF pour les accords bilatéraux existants ou futurs concernant la prestation de services juridiques par le biais d'une présence commerciale ; La Thaïlande pour les dispositions sur l'investissement du Traité bilatéral d'amitié et de relations économiques avec les États-Unis et le Venezuela pour des accords bilatéraux relatifs à des services liés au pétrole.

En ce qui concerne les accords régionaux, le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, Panama et le Venezuela ont notifié des exceptions pour les préférences accordées dans le cadre du Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale ; la Côte d'Ivoire pour les préférences dont bénéficient les sociétés d'assurance établies dans les pays signataires de la Conférence interafricaine des marchés d'assurances (C IMA) et les préférences dont bénéficient les prestataires de services financiers établis dans les États membres de l'UEMOA ; Chypre pour les restrictions à l'accès au marché pour les entreprises établies dans les pays de l'UE et de l'AELE ; la CE (12 pays) pour les accords euro-méditerranéens existants ou futurs ; de la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède pour les mesures de promotion de la coopération nordique ; le Pakistan pour le traitement favorable des institutions financières créées pour effectuer des opérations de financement islamiques ; le Sénégal pour les préférences accordées aux sociétés d'assurance et prestataires de services financiers établies dans les pays de la CEDEAO, de l'UEMOA et de l'UMOA ; l'Afrique du Sud pour une exception vis-à-vis des mesures de contrôle des changes pour les personnes établies dans des pays de la CMA ; enfin, les Émirats arabes unis pour le traitement préférentiel accordé aux prestataires de services établis dans des pays membres du Conseil de coopération du Golfe.

16. La section qui suit est extraite du *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session*, [1978], *Annuaire de la Commission du droit international*, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (partie 2) (« Rapport de la CDI ») et « Clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, pp. 201-213.
17. La Commission du droit international, créée en 1947 par l'Assemblée générale, a pour mission de favoriser le développement progressif et la codification du droit international. Composée de 34 membres élus par l'Assemblée pour un mandat de cinq ans, qui siègent à titre personnel et non en qualité de représentants de leur gouvernement, elle se réunit tous les ans. Ses travaux consistent essentiellement à élaborer des projets sur des questions de droit international, dont certaines sont choisies par elle et d'autres lui sont soumises par l'Assemblée générale ou le Conseil économique et social. Lorsque la Commission achève un projet d'articles sur un sujet donné, l'Assemblée générale convoque généralement une conférence internationale de plénipotentiaires pour incorporer ce projet dans une convention à laquelle les États peuvent alors devenir parties. www.un.org/law/ilc.
18. Voir l'introduction du Rapport de la CDI (1978), paragraphe 15.
19. *Id.* Rapport de la CDI, paragraphe 59.
20. *Id.* Rapport de la CDI, paragraphe 17.
21. *Id.* Rapport de la CDI, paragraphe 61.
22. Voir les actes suivants de l'Assemblée générale : Res. 33/139 (1978), 35/161 (1980), et 40/65 (1985), et la décision 43/429 (1988).
23. Les travaux de la CDI sont considérés par certains pays comme le reflet du droit international. Voir, par exemple, les remarques formulées par la Colombie, les Pays-Bas et la Suède dans les « Observations des États membres, des organismes des Nations Unies, des institutions spécialisées et des autres organisations intergouvernementales sur le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adoptée par la Commission du droit international à sa vingt-huitième session », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, partie 2, ainsi que celles exprimées par l'Allemagne dans le « Rapport du Secrétaire général et la compilation analytique des commentaires et observations formulés par les gouvernements, les organes de l'Organisation des Nations Unies compétents en la

matière et les organisations intergouvernementales intéressées », UN A/35/443, p. 9. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'accorder un traitement NPF n'est pas une obligation du droit international coutumier.

24. Certains pays membres de l'OCDE, sans nier la pertinence de l'exercice mené par la CDI, ont souligné que les particularités de chaque clause et de son contexte remettent sérieusement en question l'utilité de la codification par le biais d'une convention. Voir, par exemple, les remarques formulées par le Luxembourg dans les « Observations des États membres, des organismes des Nations Unies, des institutions spécialisées et des autres organisations intergouvernementales sur le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission du droit international à sa vingt-huitième session », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, partie 2, p. 168 seq., ou par le Royaume-Uni dans le « Rapport du Secrétaire général et la Compilation analytique des commentaires et observations formulés par les gouvernements, les organes de l'Organisation des Nations Unies compétents en la matière et les organisations intergouvernementales intéressées », UN A/35/443, p. 11. D'autres pays, par exemple les États-Unis, ont appuyé le projet d'articles de la Commission, et étaient favorables à leur adoption par cette dernière, mais se sont prononcés contre leur codification définitive par le biais d'une convention internationale (*ibid.* p. 14).
25. Même si la CDI a étudié pratiquement tous les aspects des clauses relatives au traitement NPF, notamment des questions telles que les exceptions ainsi que l'extinction ou la suspension des droits au traitement NPF, la présente section s'attache principalement à l'interprétation générale des clauses NPF.
26. Sauf indication contraire, ces paragraphes sont conformes aux vues de la CDI.
27. À cet égard, voir également *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 1328.
28. D'après l'article 31.2, le mot « contexte » comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus, tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité. L'article 31.3 dispose en outre qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur ou de toute pratique ultérieurement suivie en ce qui a trait au traité et de toute règle pertinente de droit international. Selon l'article 31.4, un terme sera entendu dans un sens particulier « s'il est établi que telle était l'intention des parties ». En vertu de l'article 32, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Ces moyens sont notamment les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. On trouvera en annexe le texte intégral des articles 31 et 32.
29. En général, l'État bénéficiaire s'engage réciproquement à appliquer le traitement NPF. Voir *id.* article 4 et Commentaire (5).
30. *Id.* article 8 (2) et Commentaire (1).
31. *Id.* article 8, Commentaire (1).
32. *Id.* article 8, Commentaire (1).
33. *Id.* article 5, Commentaire (5).
34. *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire), arrêt du 22 juillet 1952 (résumé des arrêts de la C.I.J., 1952, p. 109)*. La décision de la Cour a largement contribué à clarifier la théorie juridique. Avant cette décision, plusieurs auteurs d'ouvrages juridiques ont présenté le fonctionnement de la clause relative au traitement NPF

comme une exception à la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (selon laquelle les traités produisent des effets seulement entre les parties contractantes). La théorie juridique approuve aujourd'hui unanimement les conclusions auxquelles la Cour est parvenue à la majorité des voix dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* Comme l'a fait remarquer la CDI, plutôt que de constituer une exception à cette règle, elle la confirme. Voir *Rapport CDI*, article 8, Commentaire (2).

35. *Id.* article 8, Commentaire (2).
36. G. Schwarzenberger a également écrit ce qui suit au sujet de la relation entre la règle *pacta tertiis* et la clause NPF : « Ce procédé de style [...] contribue grandement à la rationalisation du processus d'élaboration des traités et conduit à l'autorévision automatique des traités qui reposent sur la norme de la nation la plus favorisée. Il rend inutile d'inscrire dans un traité conclu entre l'État qui octroie le traitement de la nation la plus favorisée et celui qui en bénéficie tous les traités pertinents conclus entre l'État concédant et des États tiers, ainsi que de les biffer lorsque ces traités cessent d'être en vigueur. Dans la mesure où l'on ne perd pas de vue ce dernier aspect de la question, il est exact de dire des clauses de la nation la plus favorisée qu'elles sont un procédé permettant d'inscrire ou de biffer par référence ». G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 3rd ed, 1957, p. 243 et *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 204.
37. Rapport de la CDI, article 8, Commentaire (8).
38. *Id.* p. 26.
39. Rapports de la CIJ, 1952, p. 93 et www.icj-cij.org/icjwww/idicions/isummaries/ifusummary.
40. La Cour s'est déclarée compétente seulement en cas de différend né d'un traité ou d'une convention conclue par l'Iran après sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, conformément à l'article 36(2) de son Statut. La déclaration de l'Iran date du 19 septembre 1932, et est donc postérieure aux accords conclus en 1857 et en 1903 avec le Royaume-Uni. Cette affaire a néanmoins été mentionnée par la CDI parce que les clauses NPF y sont analysées en comparant les droits d'un État bénéficiaire en vertu d'un accord de base avec un État concédant avec les droits accordés par l'État concédant à des États tiers.
41. Affaire relative au Maroc (France v. États-Unis d'Amérique), ICJ *Pleadings*, 1952, vol. I.
42. Les États-Unis ont invoqué leur Traité de paix de 1836 avec le Maroc. Ce traité portait sur différentes questions, notamment la navigation, le commerce et la juridiction consulaire. Il stipulait expressément que les États-Unis bénéficiaient de la juridiction consulaire dans tous les différends entre citoyens ou protégés des États-Unis. Les États-Unis ont demandé, sur la base de la clause NPF de ce traité, que des droits additionnels s'ajoutent à la juridiction consulaire dans toutes les affaires ou un citoyen ou un protégé des États-Unis était un simple défendeur. Les traités conclus avec des tierces parties par le Maroc et invoqués par les États-Unis sont le Traité général de 1856 conclu avec la Grande Bretagne et le Traité de commerce et de navigation conclu en 1861 avec l'Espagne. Ces traités accordaient la juridiction consulaire dans toutes les affaires dans lesquelles des ressortissants respectifs étaient de simples défendeurs. La Cour a estimé que « les États-unis avaient acquis, par l'effet des clauses de la nation la plus favorisée, la juridiction civile et pénale dans toutes les affaires où ils étaient des défendeurs », mais que ces effets juridictionnels avaient pris fin lorsque l'Espagne et la Grande Bretagne ont mis fin à leurs traités respectifs avec le Maroc. Voir www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/cfusommaire520827.htm. Le texte intégral du traité peut être consulté sur le site suivant : www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/barbary/bar1836t.htm.

43. *Rapports de la CIJ, 1952.*
44. *Rapports de la CIJ, 1953.*
45. Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, Nations Unies, 1963.
46. Les soumissions des parties et les vues exprimées dans cette affaire peuvent également constituer des exemples utiles du fonctionnement de la clause NPF et de la règle *ejusdem generis*. Par exemple, en invoquant ce principe, l'avocat du Royaume-Uni a affirmé que « les clauses conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peuvent s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités en ce qui concerne les mêmes matières ou la même catégorie de matières. [...] Cela apporte une réponse concluante à ceux qui suggèrent que l'article X du traité de 1886 peut s'étendre à des dispositions quelconques figurant dans d'autres traités hormis les dispositions ayant trait au commerce et à la navigation. Il ne peut s'étendre à des dispositions traitant de l'administration de la justice et de questions connexes ». L'avocat de la Grèce a fait valoir d'autre part que l'accès aux tribunaux et l'administration de la justice en matière commerciale ne se situaient pas en de hors du « genre » de faveurs mentionnées dans la clause NPF du traité entre la Grèce et le Royaume-Uni. Ils sont englobés dans toutes les « questions relatives au commerce ». Voir l'Annuaire de la Commission du droit international, 1970, vol. II, paragraphe 69.
47. Voir le « Sommaire de la jurisprudence des tribunaux nationaux en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée », établi par le Secrétariat des Nations Unies pour la CDI, A/CN.4/269, 29 mars 1973.
48. Cette description est extraite du Rapport de la CDI, commentaire sur l'article 10 (4).
49. Ce résumé est fondé sur le Rapport de la CDI, article 10, Commentaire (5).
50. En d'autres termes, dans ce cas comme dans le précédent, les tribunaux ont adopté le point de vue selon lequel les clauses NPF ne peuvent pas être invoquées pour comparer le traitement prévu aux termes de deux traités concernant des sujets différents.
51. *Id.* Commentaire (6) sur les articles 9 et 10.
52. *Id.* Commentaire (15) sur les articles 9 et 10.
53. *Supra* note 18, p. 27.
54. D'après le dernier relevé, 32 nouvelles affaires ont été enregistrées par le Centre en 2003 et 13 en 2004, contre 15 en 2002 et seulement 12 et 5 en 2001 et en 2000.
55. Emilio Agustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne (CIRDI, avr/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000 et sentence du Tribunal du 13 novembre 2000. Ces décisions peuvent être consultées sur le site suivant : www.worldbank.org/icsid/cases.
56. Décision sur la compétence du 25 janvier 2000, www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf.
57. Le Tribunal a noté que le TBI entre l'Argentine et l'Espagne permet aux tribunaux nationaux de connaître d'un différend dans un délai de dix-huit mois précédant sa soumission à l'arbitrage. L'article 10(2) du TBI entre le Chili et l'Espagne n'impose toutefois pas cette condition et prévoit simplement que l'investisseur peut recourir à l'arbitrage après l'expiration du délai de six mois imparti pour les négociations. Voir la *supra* note au paragraphe 39.

58. *Id.* paragraphe 38. L'original espagnol de la clause est formulé de la façon suivante : « En todas la materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no sera menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer pais. »
59. *Id.* paragraphe 56.
60. Note omise.
61. *Supra* note 56 au paragraphe 56.
62. Le Tribunal s'est aussi référé à l'Accord de 1992 entre le Chili et l'Union économique belgo luxembourgeoise à titre d'exemple d'autres clauses NPF s'appliquant à « tous les droits contenus dans le présent accord ». *Supra* note 56 au paragraphe 53, note de bas de page 21.
63. *Id.* paragraphe 15.
64. Le Tribunal évoque à cet égard les traités sur l'investissement conclus par le Royaume-Uni.
65. *Idem* paragraphes 52, 53.
66. Voir pp. 23-24. Note omise.
67. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique [CIRDI, affaire ARB(AF)/00/2] www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf.
68. Il a également été rapporté que l'investisseur allemand qui avait porté plainte dans l'affaire Siemens AG c. la République d'Argentine, affaire CIRDI ARB/02/08, pourrait faire sien le raisonnement que Mafezzini dans cette affaire. Voir « Investor-State Arbitration: A Hot Issue in Latin America », Guido Santiago Tawil, M. et M. Bomchil, Buenos Aires. Horacio D. Rosatti fait une observation similaire relativement aux implications de l'affaire Mafezzini dans « *Bilateral Investment Treaties, Binding International Arbitration and the Argentine Constitutional System* », in *La Ley*, 15 octobre 2003.
69. L'article 8(1) est un article distinct de la clause relative au traitement NPF de l'article 4(2) de l'accord.
70. L'original espagnol de la clause est formulé de la façon suivante : « 1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable. »
71. Le paragraphe 69 se termine par une note de bas de page renvoyant aux paragraphes 25-26 et 62-63 de la décision sur la compétence rendue dans l'affaire Mafezzini.
72. *Id.*, p. 24, paragraphe 74.
73. « Le plaignant n'a pas fourni de preuves suffisantes ou convaincantes, du moins *prima facie*, que son investissement a reçu, dans des circonstances similaires, un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux ressortissants de l'État recevant l'investissement d'un État tiers ou que ledit investissement a fait l'objet d'un traitement discriminatoire fondé sur des considérations relatives à la nationalité ou à l'origine de l'investissement ou de l'investisseur. » *Ibid.*, p. 73, paragraphe 181.

74. *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (décision du 9 janvier 2003), paragraphe 136. www.state.gov/documents/organization/16586.pdf.
75. *Id.* paragraphe 196.
76. Voir *Pope and Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada* (Décision du tribunal – 10 avril 2001), paragraphes 111, 115 (le Tribunal semble s'être fondé sur les TBI, « du moins ceux conclus entre le Canada et les États-Unis », mais n'a toutefois pas vraiment cité dans sa décision des dispositions contenues dans des TBI conclus par le Canada ou des sources secondaires qui citent des dispositions de l'Accord sur la protection des investissements étrangers du Canada). www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Award_Merits-e.pdf. Étant donné que les États-Unis comme le Canada ont établi une liste d'au traitement NPF en vertu de tous les accords antérieurs (ALENA, annexe IV), on ne sait pas comment les TBI antérieurs des États-Unis pourraient être pertinents pour l'interprétation de la clause NPF en relation avec le Canada.
77. *Id.* paragraphes 105 à 118.
78. Le paragraphe 2 de cette déclaration affirme que les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et de sécurité intégrales » ne demandent pas un traitement additionnel ou allant au-delà de celui qui est demandé en vertu de la norme minimale de traitement dans le droit international coutumier. Le paragraphe 3 indique que la constatation d'une infraction à une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu infraction à l'article 1105.
79. Même si le Tribunal note qu'il « semblerait » que sa propre interprétation diffère de celle de la Commission du libre échange, il conclut que même en appliquant cette « interprétation restrictive » aux faits correspondant à l'affaire, il parviendrait exactement à la même conclusion qu'il avait retenue dans sa précédente décision. Voir *Pope and Talbot Inc. c. Government of Canada* (Décision du Tribunal du 31 mai 2002, paragraphes 47, 56 et 69. www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/damage_award.pdf).
80. *Id.* paragraphe 66.
81. Dans l'affaire *Loewen*, le Tribunal a déclaré que dans la mesure où l'interprétation de l'article 1105 proposée par le tribunal qui a statué dans l'affaire *Pope and Talbot* différerait de celle de la Commission du libre-échange, elle ne devait pas être prise en compte (*The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire ARB (AF)98/3), décision finale, 23 juin 2003, www.state.gov/documents/organization/22094.pdf).

ANNEXE 5.A1

*Convention de Vienne sur le droit des traités**

Article 31 Règle générale d'interprétation

1. 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 but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ;
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

* Conclue à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1990. Ratifiée par 70 pays.

Article 32. Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Table des matières

Chapitre 1. Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger	9
Annexe 1.A1. Statistiques d'investissement direct international.	34
Chapitre 2. La politique de la Russie pour un environnement propice à l'investissement étranger	39
Chapitre 3. Stratégies d'incitation à l'investissement et IDE dans plusieurs pays de l'ANASE	81
Annexe 3.A1. Liste de critères pour apprécier les stratégies d'incitations à l'IDE établie par l'OCDE.	121
Chapitre 4. Relations entre les accords internationaux sur l'investissement	127
Annexe 4.A1. Les discussions au cours des négociations relatives à l'ami sur la compatibilité avec les autres accords internationaux concernant l'investissement	145
Annexe 4.A2. Convention de Vienne sur le droit des traités	151
Annexe 4.A3. Principaux éléments/points de chevauchement des accords internationaux sur l'investissement	154
Chapitre 5. Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements	157
Annexe 5.A1. Convention de Vienne sur le droit des traités	187
Chapitre 6. Cadre pour la transparence de la politique d'investissement	189
Chapitre 7. Promouvoir la responsabilité des entreprises : les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales	197

Liste des encadrés

1.1. L'IDE dans les pays en développement : une inflexion vers les services	31
2.1. Les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE.	50
3.1. Les investissements directs japonais dans l'ANASE et en Chine	90
3.2. Arguments en faveur des incitations à l'investissement	94
3.3. Mesures d'incitation à l'investissement	95
3.4. Secteurs prioritaires pour l'encouragement de l'investissement dans l'ANASE.	97
3.5. Les incitations à l'investissement en Malaisie : non pas une intensification mais une multiplication des mesures ..	104

Liste des tableaux

1.1. Flux d'investissement direct à destination et en provenance des pays de l'OCDE : 2000-03.	12
1.2. Entrées cumulées d'IDE dans les pays de l'OCDE, 1994-2003.	15
1.3. Répartition des entrées d'IDE dans le secteur des services, ensemble de l'OCDE.	24
1.A1.1. Investissement direct à l'étranger des pays de l'OCDE : sorties ..	35
1.A1.2. Investissement direct de l'étranger dans les pays de l'OCDE : entrées	36
1.A1.3. Investissement direct à l'étranger des pays de l'OCDE : encours des sorties.	37
1.A1.4. Investissement direct de l'étranger dans les pays de l'OCDE : encours des entrées	38
2.1. Entrées d'IDE en Russie et dans les pays d'Europe centrale membres de l'OCDE, 1994-2003	42
2.2. Entrées d'IDE par habitant en Russie et dans les pays d'Europe centrale membres de l'OCDE, 2002	42
2.3. Cumul des entrées d'investissement direct étranger dans la Fédération de Russie jusqu'à la fin de 2003	43
2.4. IDE par district fédéral, 2002.	44
3.1. Flux d'IDE à destination de l'ANASE, par pays d'origine, 1995-2001.	85
3.2. Répartition des ventes des filiales de multinationales américaines dans l'ANASE, 2001	86
3.3. Flux d'IDE à destination de l'ANASE par secteur et par pays d'origine, 1999-2001	87
3.4. Incitations à l'investissement dans l'ANASE-5	98
3.5. Législation adoptée dans les pays de l'ANASE en matière d'incitations	107

3.6. Estimation des effets des mesures d'incitation sur les recettes publiques en Thaïlande, 1980.	112
3.7. Études sur l'efficacité des mesures d'incitation à l'investissement dans les pays d'Asie	114
3.8. Enquête menée auprès des entreprises multinationales dans les pays de l'ANASE concernant la suppression éventuelle des mesures d'incitation	116

Liste des graphiques

1.1. Entrées d'IDE dans les pays en développement et dans d'autres pays	16
1.2. Entrées trimestrielles d'IDE	19
1.3. Répartition sectorielle des entrées totales d'IDE dans la zone OCDE	22
1.4. IDE à destination du secteur des services dans quelques pays de l'OCDE, 1990-2002	24
1.5. Entrées d'IDE dans différents secteurs, 1990-2002	26
1.6. Flux nets de capitaux apportés par l'ensemble des donneurs à l'ensemble des pays en développement	28
1.7. Flux nets de capitaux apportés par l'ensemble des donneurs à l'ensemble des pays en développement	29
1.8. Principaux bénéficiaires d'IDE en pourcentage du PIB, 1992-2001 . . .	30
3.1. Flux d'IDE à destination de cinq pays de l'ANASE, 1985-2002.	83
3.2. Flux d'IDE à destination de la Chine et de l'ANASE, 1988-2002.	88
7.1. Déclarations d'orientation par domaine d'action	199
7.2. Déclarations anticorruption par secteur et par activité	200



Extrait de :
International Investment Perspectives 2004

Accéder à cette publication :
<https://doi.org/10.1787/iip-2004-en>

Merci de citer ce chapitre comme suit :

OCDE (2005), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », dans *International Investment Perspectives 2004*, Éditions OCDE, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/iip-2004-6-fr>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.