



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.719
20 juillet 2007

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-neuvième session
Genève, 7 mai-8 juin et 9 juillet-10 août 2007

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Rapport du Groupe de travail

I. Introduction

1. À sa 2929^e séance, le 1^{er} juin 2007, la Commission du droit international a créé un groupe de travail à composition non limitée chargé, sous la présidence de M. Donald McRae, d'examiner la possibilité d'inscrire le sujet «Clause de la nation la plus favorisée» à son programme de travail à long terme.
2. Le Groupe de travail a tenu deux séances, les 16 et 17 juillet 2007.
3. Le Groupe de travail était saisi d'un document de travail établi par M. McRae et M. Rohan Perera¹.

II. Recommandations du Groupe de travail

4. Le Groupe de travail a conclu que la Commission pourrait jouer un rôle utile en fournissant des éclaircissements sur le sens et l'effet de la clause de la nation la plus favorisée dans le

¹ Joint en annexe au présent rapport.

domaine des accords d'investissement. Il s'agirait de prolonger les travaux précédemment menés par la Commission sur la clause de la nation la plus favorisée.

5. Le Groupe de travail recommande en conséquence que le sujet de la clause de la nation la plus favorisée soit inscrit au programme de travail à long terme de la Commission.

6. De l'avis du Groupe, il conviendrait de charger un groupe de travail de préparer l'examen du sujet comme suit:

- Procéder à un examen approfondi de la pratique étatique et de la jurisprudence concernant la clause de la nation la plus favorisée depuis la conclusion des travaux de la Commission sur ce sujet en 1978;
- Dégager l'ensemble des questions que pose l'inclusion de clauses de la nation la plus favorisée dans des accords d'investissement;
- Établir un dialogue avec d'autres organes qui s'intéressent à la question des clauses de la nation la plus favorisée, notamment l'OCDE, la CNUCED et l'OMC;
- Élaborer des commentaires sur des clauses types de la nation la plus favorisée, développés notamment à partir de l'examen de la pratique étatique et de la jurisprudence dans ce domaine.

Annexe

La clause de la nation la plus favorisée

1. En 1978, la Commission du droit international a adopté un projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (NPF). L'Assemblée générale n'a pris aucune mesure à propos de ce projet. En 2006, à la cinquante-huitième session de la CDI, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a examiné la question de savoir si la Commission ne devrait pas reprendre l'examen du sujet et l'inscrire à son programme de travail à long terme, mais la Commission n'a pris aucune décision sur ce point. Elle a invité les gouvernements à lui faire connaître leurs vues. À la soixante et unième session de la Sixième Commission, un État a appuyé l'idée de reprendre le sujet, mais deux États ont exprimé des doutes quant à son opportunité. La Commission a alors chargé un groupe de travail d'examiner s'il convient ou non d'inscrire le sujet des clauses NPF à son programme de travail à long terme.

2. Le présent document de travail passe en revue la question des clauses NPF, ce qui a été décidé en 1978, pourquoi il n'y a pas eu de suite, ce qui a changé depuis 1978, et l'utilité éventuelle d'un examen de ce sujet par la Commission.

1. Nature, origines et évolution des clauses NPF

3. Une clause NPF est une disposition conventionnelle par laquelle un État accepte d'accorder à l'autre partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'il concède à d'autres États ou à des États tiers. Il s'agit d'une forme précoce et particulière de clause de non-discrimination dont les origines remontent aux premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation («Traités ACN»). Par exemple, aux termes d'un traité de 1654 entre la Grande-Bretagne et la Suède¹:

Les peuples, sujets et habitants des deux États disposeront, et jouiront dans leurs royaumes, pays, terres et dominions respectifs, de droits, relations, libertés et immunités aussi vastes et amples que ceux dont jouit et jouira tout autre étranger.

¹ Traité de paix et de commerce entre la Grande-Bretagne et la Suède, 11 avril 1654, BSP 1/691.

Une telle clause ne faisait que garantir un traitement aussi bon que celui dont bénéficierait tout autre étranger. Ce n'était pas une garantie de traitement national. Les nationaux pouvaient recevoir un traitement meilleur ou pire que les étrangers. Une clause NPF n'était donc pas une règle générale de non-discrimination.

4. Comme le montre l'accord Grande-Bretagne-Suède, le bénéfice du traitement NPF était accordé aux «peuples, sujets et habitants» des deux États, ce qui était caractéristique des traités ACN. Ceux-ci portaient principalement, quoique non exclusivement, sur les activités économiques. Les avantages accordés en vertu de ces accords étaient destinés à faciliter les activités économiques des sujets de chaque État sur le territoire de l'autre État. D'ailleurs, la raison d'être du traitement NPF était économique – le désir du bénéficiaire de ce traitement d'éviter que ses propres sujets soient économiquement désavantagés par rapport à ceux d'États tiers. Il ne s'agissait pas d'une quelconque notion d'égalité des États.

5. Le traitement NPF n'était cependant pas limité à la sphère économique. Des traités bilatéraux portant sur les relations diplomatiques et consulaires comportaient aussi des garanties NPF concernant d'une part, la possibilité de maintenir des locaux diplomatiques et consulaires et d'autre part, les privilèges accordés au personnel diplomatique et consulaire². Dès lors que les relations diplomatiques et consulaires ont été régies par des conventions multilatérales établissant des droits d'application générale, il est devenu inutile de conclure des accords bilatéraux visant à prévenir la discrimination par l'inclusion d'une clause NPF.

6. En dehors de la sphère économique, les clauses NPF établissaient un principe de non-discrimination adapté aux cas où les relations entre États étaient régies par des arrangements bilatéraux. Leur utilité était moindre lorsque les relations étaient gouvernées par des accords multilatéraux et que le principe pouvait être couvert par une disposition générale de non-discrimination. Les clauses NPF ont néanmoins conservé leur prééminence dans la sphère économique, où elles ont été incluses dans des accords multilatéraux. Cela montre nettement

² Voir par exemple la Convention consulaire entre le Royaume d'Italie et la République turque du 9 septembre 1929, Recueil des traités de la Société des Nations, vol. 129, p. 195, citée dans le «Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor, Rapporteur spécial» (A/CN.4/213) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1969, vol. II, par. 57 (A/CN.4/SER.A/1969/Add.1).

l'objectif économique qu'elles visaient dans ce domaine, qu'une disposition générale de non-discrimination ne permettait pas d'exprimer.

7. Au XIX^e et au début du XX^e siècles, dans le domaine économique, le traitement NPF était souvent accordé de manière conditionnelle. Au lieu d'accorder automatiquement un tel traitement, un État le conférait en contrepartie d'un avantage concédé par l'autre État. En d'autres termes, le traitement NPF avait un prix, et la clause était qualifiée de «conditionnelle». La pratique des clauses conditionnelles a décliné lorsque l'on a pris conscience des avantages économiques que retirait l'État concédant d'une clause NPF inconditionnelle, et les clauses conditionnelles ont peu d'importance aujourd'hui.

8. Les clauses inconditionnelles sont devenues la pierre angulaire du régime institué par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). En vertu de l'article premier du GATT, le traitement NPF devait être accordé «immédiatement et sans condition» à la frontière aux produits en provenance du territoire d'autres parties contractantes. Conjugué à l'exigence posée à l'article III du GATT d'accorder le «traitement national» à tous les produits importés sur le marché intérieur d'une partie contractante, le principe NPF est devenu le pivot du principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, puis de l'OMC. D'ailleurs, en vertu des accords de l'OMC, l'application de la clause a été étendue, au-delà des produits, au domaine des services et de la protection des droits de propriété intellectuelle. L'article II de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) prévoit une très large application du traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne «toutes les mesures couvertes par le présent accord».

9. En dépit du caractère essentiel que confère l'article premier du GATT au traitement NPF, le GATT et l'OMC y apportent d'importantes exceptions. La principale concerne les arrangements régionaux – unions douanières et zones de libre-échange – qui accordent des préférences à leurs membres et n'offrent donc pas le traitement NPF à toutes les parties contractantes du GATT. Conformément à l'article XXIV de celui-ci, ces avantages n'ont pas à être étendus aux autres parties contractantes du GATT ou membres de l'OMC.

10. Le maintien du traitement NPF dans le cadre du régime de l'OMC, doté de sa propre procédure de règlement des différends, a offert l'occasion, dans ce contexte, d'une interprétation cohérente de l'obligation de traitement NPF. Cela étant, les clauses NPF ont connu un regain

d'essor avec les accords commerciaux régionaux et la multiplication des accords bilatéraux d'investissement, qui tous comportent couramment une clause NPF sous une forme ou une autre.

2. Les précédents travaux de la CDI sur la clause NPF

11. C'est à l'occasion de ses travaux sur le droit des traités que la CDI a été amenée à étudier les clauses NPF. Il avait été proposé de prévoir dans les projets d'articles sur le droit des traités que leur application serait exclue dans le cas de clauses NPF. La Commission n'a pas retenu cette proposition mais a décidé d'examiner les clauses NPF en tant que sujet distinct³.

Le Rapporteur spécial, M. Endre Ustor, et son successeur, M. Nikolai Ushakov, ont procédé à une analyse approfondie des clauses NPF telles qu'elles existaient jusqu'au milieu des années 70. Leurs rapports s'appuyaient sur une considérable pratique étatique concernant la conclusion de traités incluant des clauses NPF dans divers domaines, sur les décisions de la Cour internationale de Justice relatives à de telles clauses (Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*⁴, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*⁵, affaire *Ambatielos*⁶), sur l'*arbitrage Ambatielos*⁷ et sur un corpus considérable de décisions de juridictions nationales.

12. La Commission avait décidé d'étudier les clauses et le traitement NPF «en tant qu'institution juridique»⁸ et pas simplement comme une question relevant du droit des traités, et d'envisager l'application de la clause de manière générale sans la restreindre au domaine du

³ «Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session» (A/33/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1978, vol. II, deuxième partie, par. 15 (A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (deuxième partie)).

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, C.I.J Recueil 1952, p. 93.

⁵ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J Recueil 1952, p. 176.

⁶ *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, C.I.J Recueil 1952, p. 28.

⁷ *Arbitrage Ambatielos (Royaume-Uni-Grèce)*, 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 83.

⁸ *Supra*, note 3, par. 61.

commerce international. L'idée était de ne pas essayer de résoudre des questions «économiques de nature technique»⁹.

13. Les 30 projets d'articles établis par la Commission couvraient des questions comme la définition des clauses et du traitement NPF (projets d'articles 4 et 5), le champ d'application, le fait que le traitement NPF repose sur une base conventionnelle plutôt que sur le droit international coutumier (projet d'article 7), l'étendue de ce traitement (projets d'articles 8, 9 et 10), l'effet d'une clause conditionnelle et d'une clause inconditionnelle (projets d'articles 11, 12 et 13), la source du traitement à concéder en vertu d'une clause NPF (projets d'articles 14 à 19), le moment où prennent naissance les droits découlant d'une clause NPF (projet d'article 20), l'extinction ou la suspension de droits découlant d'une telle clause (projet d'article 21), et les relations entre la clause NPF et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences (projets d'articles 23 et 24), ainsi que les cas particuliers du trafic frontalier et des droits de transit des États sans littoral.

3. La réaction de la Sixième Commission au projet d'articles

14. Le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée n'a jamais été suivi d'aucune mesure de l'Assemblée générale. Le débat à la Sixième Commission¹⁰ a fait ressortir plusieurs sujets d'inquiétude à propos du projet d'articles, dont deux prédominants. Tout d'abord, on s'est inquiété du fait que le projet d'articles n'excluait pas les unions douanières et les zones de libre-échange. C'était là un problème particulier pour les membres de la CEE qui ne voulaient pas que les avantages consentis dans le cadre du Traité de Rome soient étendus par le biais de clauses NPF à des États non membres, et qui auraient préféré exclure du projet d'articles les unions douanières et zones de libre-échange. Des pays en développement qui concluaient des accords régionaux de libre-échange ont exprimé des préoccupations analogues.

15. Ensuite, on s'est inquiété du traitement, dans le projet d'articles, de la question du développement, notamment des systèmes généralisés de préférences. Pour certains, le projet d'articles ne traitait pas correctement la question des préférences en faveur des pays en

⁹ Ibid., par. 62.

¹⁰ C6, trente-troisième session, A/C.6/33/SR.27 à 45 (1978). Le sujet a été évoqué à la Sixième Commission de 1980 à 1983, en 1988 et 1989, puis à nouveau en 1991.

développement, pour d'autres, ce projet s'égarait dans le débat sur le nouvel ordre économique international. Ces inquiétudes, et d'autres, ont fait qu'il n'y a eu aucun appui à l'Assemblée générale pour transformer le projet d'articles en convention. Pour certains États, les projets d'articles ne devaient être que des principes directeurs.

4. Évolution depuis 1978

16. Les circonstances qui existaient lorsque la Commission a traité de la clause NPF dans ses rapports et dans le projet d'articles final de 1978 ont sensiblement évolué.

Premièrement, plusieurs des arrangements bilatéraux sur lesquels les rapporteurs spéciaux s'appuyaient pour établir la pratique des États quant aux clauses NPF ont été remplacés par des arrangements multilatéraux, si bien que ces clauses sont aujourd'hui plus circonscrites au domaine économique.

Deuxièmement, le GATT, qui était la principale source pour l'examen des clauses NPF, est désormais intégré à l'OMC, ce qui a eu pour conséquence d'élargir le champ d'application de ces clauses, au-delà des produits, au domaine des services et de la propriété intellectuelle. En outre, le système de règlement des différends de l'OMC, avec sa procédure d'appel, a permis de soumettre à une interprétation faisant autorité les clauses NPF figurant dans les accords de l'OMC.

Troisièmement, il y a eu un essor considérable de la conclusion d'accords de libre-échange à l'échelon bilatéral et régional et d'accords bilatéraux d'investissement qui comportent des clauses NPF.

Quatrièmement, le règlement des différends en vertu d'accords d'investissement par le recours aux procédures du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ou du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a permis une interprétation des clauses NPF dans le contexte des investissements.

17. Toutes ces évolutions ont des incidences sur la manière d'envisager aujourd'hui les clauses NPF et sur la pertinence actuelle du projet d'articles établi par la Commission en 1978. Il y a aujourd'hui un nouveau corpus substantiel de pratique à prendre en considération pour évaluer comment les clauses NPF sont utilisées et comment elles jouent concrètement. Le lien entre

l'obligation générale de traitement NPF énoncé à l'article premier du GATT et la faculté, pour les États, d'accorder un traitement préférentiel aux pays en développement a été expressément examiné par l'Organe d'appel de l'OMC¹¹.

18. La pratique des clauses NPF intervient aussi dans un contexte différent de celui qui existait lorsque la Commission les a étudiées pour la dernière fois. Le projet d'articles de 1978 s'appuyait fortement sur la Charte des droits et devoirs économiques des États pour envisager les relations entre la clause NPF et le traitement préférentiel conféré aux pays en développement. Aujourd'hui, le débat sur le traitement commercial préférentiel accordé à ces pays a lieu dans le cadre de l'OMC dont la composition a un caractère de plus en plus universel, et en particulier dans le contexte des négociations commerciales multilatérales du Cycle du développement de Doha.

19. Dans le domaine des accords d'investissement, la nature et la portée des clauses NPF ont pris une importance particulière. La portée accordée à certaines de ces clauses et les différences d'approche des divers tribunaux saisis en matière d'investissement ont créé ce qui est peut-être le problème le plus important concernant ces clauses. Il y a là aussi un corpus de jurisprudence dont ne disposait pas la Commission à l'époque de ses précédents travaux.

20. Dans un environnement mondial de libéralisation et de plus grande intégration économiques, la clause NPF reste un facteur critique dans les relations économiques internationales. L'intérêt persistant qu'elle présente pourrait être analysé en deux phases. Au cours de la première, la multiplication des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements (APPI) dans les années 90 a mis en évidence l'importance continue de la clause NPF qui, parallèlement à d'autres dispositions, garantissait des normes internationales minimales de traitement aux investisseurs étrangers et à leurs investissements. Dans la seconde phase, l'apparition d'accords de libre-échange et d'accords globaux de partenariat économique visant à la libéralisation du commerce des biens et des services et au traitement intégré de l'investissement, avec des interrelations étroites entre les secteurs des services et de l'investissement, a fait surgir de nouvelles questions quant à l'application de la clause NPF.

¹¹ Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (2004) Doc. OMC WT/DS246/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

21. La concession d'un traitement NPF aux investissements, même «avant établissement», est une caractéristique des accords de libre-échange que l'on ne trouvait généralement pas auparavant dans les accords de promotion et de protection des investissements où le traitement NPF était limité «après établissement». La conclusion de ces accords de libre-échange et d'accords globaux de partenariat économique, comportant d'importants chapitres sur l'investissement étranger, marque une nouvelle phase quant à l'importance de la clause NPF dans les relations économiques contemporaines entre États. Le rôle de la clause NPF dans l'optique de ces nouveaux accords d'intégration économique mérite un examen approfondi sur le plan juridique.

5. Les problèmes que pose aujourd'hui la clause NPF

22. Une étude exhaustive de la pratique concernant l'inclusion de clauses NPF dans des traités permettrait certainement de mieux saisir la manière dont la clause opère et est appliquée par les États et pourrait donner de nouvelles indications à leur propos. Néanmoins, des problèmes spécifiques ont surgi en ce qui concerne l'application des clauses NPF dans le domaine des investissements qui pourraient avoir des incidences sur l'application de ces clauses dans d'autres contextes.

23. La question s'est posée dans l'affaire *Maffezini c. le Royaume d'Espagne*¹². Le demandeur, Maffezini, ressortissant argentin, avait présenté une demande fondée sur l'accord bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne. L'Espagne soutenait que conformément à l'article X, paragraphe 3 de cet accord, Maffezini était tenu de soumettre l'affaire aux juridictions internes espagnoles pendant une période de dix-huit mois avant de présenter une demande fondée sur les dispositions de l'accord. Le demandeur invoquait néanmoins la clause NPF figurant dans l'accord d'investissement Argentine-Espagne (art. 4) qui était ainsi libellée:

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 tiers.

¹² *Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, 25 janvier 2000, CIRDI, affaire n° ARB/97/7.

Le demandeur a pu démontrer qu'en vertu de l'accord bilatéral d'investissement Espagne-Chili, les investisseurs présentant une demande en vertu de cet accord n'étaient pas tenus de saisir d'abord les juridictions internes espagnoles. Dès lors, par comparaison, l'investisseur argentin était traité d'une manière moins favorable que les investisseurs chiliens en Espagne. Le demandeur faisait donc valoir qu'en vertu de la clause NPF figurant dans l'accord Argentine-Espagne, il avait le droit de bénéficier du traitement plus favorable accordé aux investisseurs chiliens en vertu de l'accord bilatéral d'investissement Espagne-Chili. En conséquence, affirmait-il, le fait de ne pas avoir saisi d'abord les juridictions espagnoles ne faisait pas obstacle à la présentation de sa demande sur la base de l'accord d'investissement Argentine-Espagne.

24. Le tribunal a rejeté l'argumentation de l'Espagne selon laquelle la clause NPF du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne ne s'appliquait qu'aux dispositions de fond et non aux questions procédurales, en soulignant que ladite clause s'appliquait très expressément à «toutes les questions visées par le présent accord». Après avoir examiné les précédents de la jurisprudence internationale et la pratique conventionnelle espagnole, le tribunal a conclu que le demandeur pouvait invoquer la clause NPF du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne pour revendiquer le traitement plus favorable prévu dans l'accord d'investissement Espagne-Chili et, partant, être exonéré de l'obligation de soumettre sa demande aux juridictions internes espagnoles.

25. Par la suite, les tribunaux du CIRDI ont tantôt suivi¹³, tantôt écarté¹⁴ la jurisprudence *Maffezini*, sans toutefois faire ressortir clairement aucune interprétation uniforme des clauses NPF. La décision *Maffezini* ouvre la possibilité de conférer aux clauses NPF une portée extrêmement vaste. Une telle clause pourrait primer le traité, ce qui autoriserait tout simplement les États bénéficiaires à faire leur choix parmi les avantages accordés aux États tiers par l'autre Partie contractante et à rechercher systématiquement le traité le plus favorable («treaty shopping»). Les membres du tribunal dans l'affaire *Maffezini* ont perçu les problèmes que pourrait entraîner leur décision et ont tenté d'en limiter la portée par un certain nombre

¹³ *Siemens A. G. c. la République argentine*, 3 août 2004, CIRDI, affaire n° ARB/02/8.

¹⁴ Voir par exemple *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. le Royaume hachémite de Jordanie*, 9 novembre 2004, CIRDI, affaire n° ARB/02/13.

d'exceptions. Mais le principe sur lequel elles reposent ne ressort pas clairement de la décision, laquelle n'indique pas clairement non plus si ces exceptions ont un caractère exclusif.

26. Le problème découlant de la décision *Maffezini* pour les États est de savoir s'ils peuvent déterminer par avance avec quelque certitude quelle obligation ils assument effectivement lorsqu'ils incluent une clause NPF dans un accord d'investissement. Les droits qu'ils accordent sont-ils très larges ou plus spécifiques? Le projet d'articles de 1978 fournit peu d'indications sur la question. Aux termes du projet d'article 9, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert «uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause». Mais déterminer la matière objet de la clause est précisément la question à laquelle le tribunal de l'affaire *Maffezini* et d'autres tribunaux ont été confrontés.

27. La question de la portée d'une clause NPF comporte d'autres aspects, en particulier celui de ses liens avec d'autres dispositions des accords d'investissement, comme celles relatives au traitement national et à un «traitement juste et équitable». Certains tribunaux saisis en matière d'investissement ont estimé qu'une clause NPF justifie que l'on se reporte à d'autres accords d'investissement pour établir ce qu'est un «traitement juste et équitable»¹⁵ ce qui, là aussi, a contribué à l'incertitude quant au champ d'application d'une clause NPF.

28. À la suite de l'affaire *Maffezini*, les États se sont efforcés, lorsqu'ils formulent des clauses NPF, d'en limiter les conséquences. La distinction entre dispositions de fond et dispositions de procédure, l'exclusion du règlement des différends des clauses NPF, et la limitation de celles-ci à des avantages spécifiés ont fait leur apparition dans divers accords. Mais les États ne peuvent être certains de la manière dont ces nouvelles clauses seront effectivement interprétées.

29. À un certain niveau, le problème se limite à l'interprétation du traité. Les clauses NPF sont libellées différemment selon les accords. Certaines ont un vaste champ d'application et d'autres sont plus étroites. Certaines limitent le traitement NPF aux «circonstances similaires». Il incombe donc à l'interprète de définir la portée précise de la clause considérée. Selon cette approche, le problème peut être résolu par l'interprétation. Mais, à un autre niveau, la question

¹⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. le Chili*, 25 mai 2004, CIRDI, affaire n° ARB/01/7; *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du tribunal de l'ALENA, 10 avril 2001, I.L.R. volume 122, 2002, p. 352, et <http://www.international.gc.ca/tna-nac/pope-fr.asp>.

est plus fondamentale, car l'interprétation du traité n'intervient pas dans le vide. La manière dont l'interprète abordera une clause NPF dépendra en partie de la conception qu'il a de la nature de telles clauses.

30. S'il envisage les clauses NPF comme ayant pour objectif de favoriser la non-discrimination et l'harmonisation, l'interprète d'un traité peut alors considérer que l'objet même de la clause est d'autoriser, et à vrai dire, d'encourager la recherche systématique du traité le plus favorable. Si l'interprète considère qu'une clause NPF a pour objectif économique de permettre une concurrence fondée sur l'égalité des chances, il sera peut-être plus enclin à favoriser une distinction fond/procédure dans l'interprétation d'une clause NPF. À cet égard, l'expérience de l'interprétation de la clause NPF dans le contexte de l'OMC et dans d'autres domaines peut fournir des orientations pour l'interprétation de ces clauses dans le cadre d'accords d'investissement.

6. Que pourrait faire utilement la CDI?

31. Il est certain que les circonstances ont sensiblement changé depuis le projet d'articles de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée. Il existe aujourd'hui un ensemble de pratique et de jurisprudence qui n'était pas disponible à l'époque. Un problème est par ailleurs apparu avec l'application de clauses NPF dans les accords d'investissement, de telle sorte que les États ressentent le besoin d'une clarification et, peut-être, d'un développement progressif du droit dans ce domaine.

32. L'argument tiré de la persistance des problèmes fondamentaux qui ont conduit l'Assemblée générale à renoncer à l'élaboration d'une convention à partir du projet d'articles de 1978 ne serait décisif que si la Commission entreprenait de mettre à jour et de réviser le projet de 1978. Il existe des instances pour traiter les questions qui ont suscité l'inquiétude à propos de ce projet d'articles. S'agissant du problème des systèmes généralisés de préférences et de la question plus vaste du développement, ils sont traités dans le contexte de l'OMC et du Cycle du développement de Doha. Pour ce qui est des unions douanières et des zones de libre-échange, elles aussi sont traitées dans le cadre des accords de l'OMC. Rien ne justifie que la Commission envisage d'entreprendre un exercice de codification ou de développement progressif à l'égard

d'un régime qui s'élabore dans le cadre de l'article XXIV du GATT et des décisions des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC.

33. La question qui se pose aujourd'hui, s'agissant des clauses NPF, est différente des aspects du projet d'articles de 1978 qui avaient suscité l'inquiétude. Apparue spécifiquement dans le contexte des accords d'investissement, elle peut toutefois être d'application plus vaste. Ce qu'il faut concrètement se demander, étant donné la nature du problème existant, c'est si la CDI, en tant qu'organe des Nations Unies chargé du développement progressif du droit international et de sa codification, peut utilement intervenir.

34. Il ne s'agit pas de dire que la question, étroite et technique, ressortirait à la compétence de quelque autre organe, car ce n'est pas le cas. Les questions fondamentales à propos des clauses NPF relèvent du droit international public. Le point essentiel tient à leur interprétation, et si cela peut apparaître étroit, c'est en réalité une vaste question qui met en jeu tant l'interprétation des traités que la nature et l'étendue des obligations assumées par les États dans le cadre d'une clause NPF. Il s'agit de comprendre le rôle et la fonction des clauses NPF et leurs liens avec le principe de non-discrimination en droit international.

35. D'autres organes se sont aussi intéressés à ce sujet. L'OCDE a élaboré une étude sur les clauses NPF¹⁶, tout comme la CNUCED¹⁷. De même, le sujet fait l'objet d'études dans les ouvrages universitaires. Cela ne signifie pas que tout le terrain soit déjà occupé.

36. Le point de vue contraire, adopté par certains gouvernements, est que les clauses NPF sont diverses et ne se prêtent pas aisément à une catégorisation générale. Les États peuvent formuler des clauses adaptées à leurs besoins et il n'est donc pas nécessaire d'envisager le sujet de manière générale. Les problèmes qui sont apparus pouvant être traités au cas par cas, il suffit

¹⁶ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, documents de travail sur l'investissement international, document de travail n° 2004/2 (2004), en ligne: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/40/337733359.pdf>.

¹⁷ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), «Most-Favoured-Nation Treatment» (1999), Collection consacrée aux accords internationaux d'investissement, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

de laisser la jurisprudence relative à l'interprétation des clauses NPF poursuivre son développement. Cette analyse écarterait tout rôle de la Commission sur ce sujet.

37. Les partisans d'une contribution de la Commission dans ce domaine considèrent que celle-ci pourrait utilement prendre la forme d'un avis juridique autorisé sur l'interprétation des clauses NPF. Cela supposerait une analyse exhaustive de l'évolution de la nature, de la portée et de la raison d'être fondamentale des clauses NPF, de la jurisprudence relative à ces clauses dans les différents domaines où elles s'appliquent aujourd'hui, de la diversité des clauses et de leur utilisation dans la pratique contemporaine, et de la manière dont les clauses NPF ont été interprétées, ou devraient l'être.

38. Le résultat des travaux de la Commission pourrait prendre la forme d'un projet d'articles ou d'un projet de directives se rapportant à l'interprétation des clauses NPF, ou il pourrait s'agir d'une série de clauses types ou de catégories de clauses avec des commentaires relatifs à leur interprétation. Le but serait, quelle que soit la forme retenue, de donner des orientations aux États pour la négociation d'accords comportant des clauses NPF, ainsi qu'aux arbitres chargés d'interpréter des accords d'investissement.

39. L'interprétation des clauses NPF est un sujet qui reflète les besoins des États et sur lequel la pratique est suffisamment avancée pour permettre un certain développement progressif et, éventuellement, une codification dans ce domaine. La portée du sujet est définie et son examen pourrait être achevé dans le courant du présent quinquennat.

Bibliographie sélective

Dolzer, Rudolf and Myers, Terry, «After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements» 19 ICSID Rev. – FILJ 49 (2004).

Ehring, Lothar. «*De Facto* Discrimination in World Trade Law» (2002) 36(5) Journal of World Trade 921 (Kluwer Law International).

Freyer, Dana H. and Herlihy, David, «Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?» 20 ICSID Review – FIJL 58 (2005).

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) «Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements» (2004), documents de travail sur l’investissement international, n° 2004/2.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), «Most-Favoured-Nation Treatment» (1999), Collection consacrée aux accords internationaux d’investissement, Doc. UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

Yanai, Akiko. «The Function of the MFN clause in the Global Trading System» (2002) Working Paper Series 01/02 – No. 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, online: http://www.heidsummer.ch/pdf/introduction/003_yanai_mfn_clause.pdf.
