



Assemblée générale

Distr. limitée
23 juillet 2012
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Soixante-quatrième session

Genève, 7 mai-1^{er} juin et 2 juillet-3 août 2012

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session

Rapporteur: M. Pavel Šturma

Chapitre XI La clause de la nation la plus favorisée

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
A. Introduction.....	1–2	2
B. Examen du sujet à la présente session.....	3–4	2
1. Travaux du groupe d'étude.....	5–9	2
2. Débats du groupe d'étude à la présente session.....	10–25	3
a) L'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau)	15–17	4
b) Document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements (M. D. M. McRae)	18–19	5
c) Résumé des débats	20–25	6

Chapitre XI

La clause de la nation la plus favorisée

A. Introduction

1. À sa soixantième session, en 2008, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session¹.
2. Le groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF) a été constitué à la soixante et unième session (2009)² sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera, puis reconstitué à la soixante-deuxième session (2010) et à la soixante-troisième session (2011), avec les mêmes co-présidents³.

B. Examen du sujet à la présente session

3. À la présente session, la Commission a reconstitué le groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. McRae. À sa première séance, le groupe d'étude a rendu hommage à son ancien coprésident, M. Rohan Perera.
4. À sa ...^e séance, le ... juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du président du groupe d'étude.

1. Travaux du groupe d'étude

5. Le groupe d'étude a tenu 6 séances, les 24 et 31 mai, et les 11, 12, 17 et 18 juillet 2012.
6. L'objectif général des travaux du groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international et de rappeler l'importance de favoriser une plus grande cohérence dans les approches suivies par les tribunaux qui rendent des sentences arbitrales en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les dispositions NPF. L'idée est que le groupe d'étude pourrait contribuer à conférer davantage de sécurité et de stabilité au droit des investissements. Le groupe d'étude s'emploie à mettre au point un texte qui serait d'une utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements. Il n'entend pas élaborer des projets d'article ni revoir le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en

¹ 2997^e séance, 8 août 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 354). Pour la présentation du sujet, voir *ibid.*, annexe B. Au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a pris note de cette décision.

² À sa 3029^e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des co-présidents du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (*ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 211 à 216). Le groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

³ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 359 à 373). Le groupe d'étude avait examiné les divers documents préparés selon la feuille de route de 2009 et arrêté un programme de travail pour 2010.

1978. Son intention est plutôt d'établir un rapport contenant des informations générales sur le sujet, une analyse de la jurisprudence replacée dans son contexte, une présentation des questions émergentes et des tendances observées dans la pratique, ainsi que, s'il y a lieu, des recommandations, voire des propositions de directives et de clauses types.

7. À ce jour, le groupe d'étude a examiné plusieurs documents de travail visant à éclairer davantage les problèmes que pose de nos jours la clause de la nation la plus favorisée. Notamment, il s'est penché sur: a) une typologie des dispositions NPF existantes, qui constitue un travail d'étude continu; b) le projet d'articles de 1978 de la Commission et les domaines dans lesquels il reste pertinent; c) les différents aspects de l'évolution passée et en cours de la clause NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC; d) les autres faits nouveaux qui se sont produits dans le cadre de l'OCDE et de la CNUCED; et e) une analyse des problèmes contemporains liés au champ d'application de la clause NPF, comme ceux qui ont été soulevés dans l'affaire *Maffezini*⁴.

8. Des études supplémentaires ont été entreprises en vue de recenser les arbitres et les conseils intervenant dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, et d'identifier également les catégories de dispositions NPF interprétées dans ce contexte. En outre, afin de cerner plus précisément le contenu normatif des clauses NPF dans le domaine des investissements, il a été procédé à une analyse des éléments pris en considération par les tribunaux appelés à interpréter et à appliquer des clauses NPF dans le cadre d'accords d'investissements, en faisant fond sur les précédents travaux sur le sujet et la sentence arbitrale *Maffezini*⁵.

9. Le groupe d'étude avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissements et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national, et d'examiner également d'autres domaines du droit international afin de voir si l'application qui y est faite des clauses NPF pouvait aider le groupe d'étude dans ses travaux.

2. Débats du groupe d'étude à la présente session

10. À la présente session de la Commission, le groupe d'étude était saisi d'un document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage traitant des affaires d'investissements, établi par M. McRae, ainsi que d'un document de travail sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, établi par M. Mathias Forteau.

11. Le document de travail soumis par M. McRae était une version remaniée du document de 2011 intitulé *Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement*, dans laquelle avaient été intégrés les faits nouveaux survenus dans le domaine considéré et les conclusions des débats tenus par le groupe d'étude en 2011. Le document proposait une analyse de la jurisprudence récente et des nouveaux éléments pris en considération dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, ainsi qu'une évaluation des différentes approches suivies par les tribunaux dans leur interprétation.

⁴ *Catalogue de dispositions NPF* (D. M. McRae et A. R. Perera); *Les projets d'articles de 1978 de la Commission du droit international* (S. Murase); *Les clauses NPF au GATT et à l'OMC* (D. M. McRae); *Les travaux de l'OCDE sur le traitement NPF* (M. Hmoud); *Les travaux de la CNUCED sur le traitement NPF* (S. C. Vasciannie); *Le problème Maffezini dans le cadre des traités d'investissement* (A. R. Perera).

⁵ *Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement* (D. M. McRae). Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 351 à 353).

12. Au cours de l'examen du document élaboré par M. McRae, un débat a porté sur la question de savoir si la nature du tribunal avait une incidence sur l'interprétation que celui-ci donnait des traités, et en particulier si la nature mixte de l'arbitrage était un élément pertinent dans le processus interprétatif. Le document de travail de M. Forteau avait été élaboré pour faire suite à ce débat.

13. Ces deux documents de travail constituent des documents préparatoires destinés à faire partie du rapport global qui sera soumis par le groupe d'étude.

14. Le groupe d'étude était également saisi d'un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient examinées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause est applicable. Le groupe d'étude était saisi en outre d'un autre document de travail informel qui donnait un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition, lequel n'a pas été examiné par le groupe d'étude, rendent compte de travaux toujours en cours, et le groupe d'étude continuera donc de les actualiser de sorte qu'ils soient exhaustifs.

a) L'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau)

15. Ce document de travail avait pour objet d'expliquer à quoi tient la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements, et d'examiner les particularités de l'application de la clause NPF lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre d'un arbitrage mixte. L'incidence d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales était également examinée. Il était fait valoir que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas de même nature. Il était rappelé en outre que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte⁶. L'arbitrage mixte se situait ainsi entre le plan national et le plan international et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public⁷. Il avait une nature à la fois privée et publique.

16. Dans le cadre de l'évaluation des modalités particulières d'application de la clause NPF en cas d'arbitrage mixte, il a été souligné que, si *ratione materiae*, le projet d'articles de 1978 couvrait tout type de domaines, notamment l'établissement des personnes physiques et juridiques étrangères, et leurs droits et obligations personnels *ratione personae*, leur portée générale n'incluait pas les obligations ou les droits créés à la charge ou en faveur de particuliers. Au sens classique, l'individu n'était pas considéré comme un sujet de droit international dans l'application de la clause NPF. L'effet d'un arbitrage mixte

⁶ Stephan W. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas*, in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 2 (2011), p. 362, note 31. Voir également M. Forteau, *Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la foi ?*, Mélanges J.-P. Cot, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 95 à 129.

⁷ Voir à ce propos Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, in *Annuaire français de droit international* (2008), p. 471 à 475.

était de permettre à l'individu, à l'instar de l'État, d'être également bénéficiaire de la clause NPF dans l'ordre international; l'individu, sans être partie à un traité, peut invoquer les clauses juridictionnelles d'un traité contre un État partie défendeur. Vu que le traité offre simultanément le traitement et fonde le droit de recours à l'arbitrage, il devient difficile de distinguer ce qui relève du règlement des différends liés au traité de ce qui relève du traitement offert par le traité. La conséquence de ce dernier aspect est que deux tendances interprétatives peuvent se déployer: l'une insiste sur l'aspect «traitement» (deux États accordent à leurs ressortissants respectifs un traitement privilégié) pour fonder plus facilement l'application de la clause NPF à la clause de règlement des différends; l'autre insiste sur l'aspect «règlement des différends» (la clause de règlement des différends constitue le fondement du consentement de l'État à l'arbitrage) en mettant en avant la nécessité de respecter le principe du consentement de l'État à l'arbitrage.

17. S'agissant de l'impact de la nature mixte de l'arbitrage, il n'était pas exclu que, sinon des règles d'interprétation, à tout le moins des directives interprétatives particulières s'appliquent à l'arbitrage mixte en raison de sa nature particulière. Dès lors, selon l'aspect de la mixité qui était envisagé, certains tribunaux accordaient plus d'importance à l'aspect public de l'arbitrage (ou à l'aspect «règlement des différends») (approche «publiciste») qu'à son aspect privé (ou aspect «traitement»), tandis que d'autres faisaient le choix inverse (approche «privatiste»); une dernière catégorie mêlait les deux aspects (approche «synchrétique»).

b) Document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements (M. D. M. McRae)

18. Il était constaté dans le document de travail que bien que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements s'appuient sur l'interprétation des traités ou invoquent les moyens d'interprétation visés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, il n'y avait guère de cohérence dans la manière dont ils conduisaient effectivement le processus interprétatif, ni nécessairement dans les conclusions auxquelles ils parvenaient. En conséquence, le document examinait plus avant les approches adoptées par ces tribunaux pour tenter de déceler certains facteurs qui semblaient influencer leur interprétation des clauses NPF, ainsi que certaines tendances.

19. Ces facteurs et tendances consistaient notamment: a) à faire la distinction entre *fond et procédure*, en posant la question fondamentale de savoir si en principe une clause NPF pouvait se rapporter tant aux dispositions procédurales qu'aux dispositions de fond d'un traité; b) à interpréter la clause NPF par rapport aux dispositions du traité relatives au règlement des différends comme une *question de compétence*, en renvoyant implicitement dans certaines affaires à une prétendue norme supérieure d'interprétation pour déterminer si la portée d'une clause NPF concernait le consentement à l'arbitrage, tandis que dans d'autres affaires, une distinction était faite entre *compétence et recevabilité*, auquel cas une disposition visant le droit d'action, qui relevait de la compétence, était distinguée d'une disposition visant la manière dont une action devait être engagée, interprétée comme relevant de la recevabilité; c) à adopter la solution des *dispositions relatives aux conflits de traités*, qui consistait pour les tribunaux à considérer que la problématique qu'il s'agissait de couvrir l'avait déjà été, de façon différente, dans le traité de base lui-même; d) à prendre en considération la *pratique* conventionnelle de l'une ou l'autre partie au traité bilatéral d'investissement au titre duquel le traitement NPF était réclamé afin de s'assurer des intentions des parties quant à la portée de la clause NPF; e) à prendre en considération le *moment pertinent* auquel le traité a été conclu (principe de contemporanéité), ainsi que la *pratique ultérieure* pour s'assurer de l'intention des parties; f) à évaluer l'influence, sur le tribunal, du contenu de la disposition que l'on visait à exclure ou à ajouter au moyen d'une clause NPF; g) à admettre une *doctrine* implicite *du précédent*, résultant plus d'un désir de cohérence que d'une éventuelle structure hiérarchique; h) à évaluer le contenu de la

disposition invoquée afin de déterminer si, en fait, elle accordait un *traitement plus/moins favorable*; et i) à prendre en considération l'existence d'*exceptions de «politique publique»*.

c) **Résumé des débats**

20. Tout en considérant que ses travaux étaient principalement axés sur le domaine des investissements, le Groupe d'étude a estimé approprié de replacer les questions à l'examen dans un cadre normatif plus large, celui du droit international général et des précédents travaux de la Commission. Le Groupe d'étude a aussi confirmé la possibilité d'élaborer des recommandations et des clauses types.

21. Sur la base du document de travail établi par M. McRae, qui présentait également une analyse préliminaire de la direction que le Groupe d'étude pourrait souhaiter prendre, le Groupe d'étude a procédé à un échange de vues au sujet de trois questions principales, à savoir: a) si, en principe, une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions de traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends; b) si les conditions énoncées dans les traités bilatéraux d'investissement permettant aux investisseurs d'invoquer les dispositions relatives au règlement des différends pouvaient affecter la compétence d'un tribunal; c) quels étaient les facteurs pertinents dans le processus interprétatif pour déterminer si une clause NPF figurant dans un traité bilatéral d'investissement s'appliquait aux conditions de recours à la procédure de règlement des différends.

22. Le Groupe d'étude a considéré que la question de savoir si une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends relevait de l'interprétation des traités et que la réponse à y apporter dépendait des circonstances d'espèce. Chaque disposition conventionnelle avait ses particularités qu'il fallait prendre en considération. Il a été noté qu'il n'y avait pas de problème particulier lorsque les parties incluait ou excluait expressément les conditions d'accès au règlement des différends dans le cadre de leur clause NPF. La question de l'interprétation s'était posée, comme dans la majorité des cas, lorsque les clauses NPF de traités bilatéraux d'investissement existants ne visaient pas expressément l'inclusion ou l'exclusion des clauses de règlement des différends. Il a été dit qu'au minimum, les tribunaux n'avaient pas à se demander, lorsqu'ils interprétaient des clauses NPF dans des traités bilatéraux d'investissement, si ces clauses étaient en principe applicables aux dispositions relatives au règlement des différends. Après l'affaire *Maffezini*, les États seraient bien avisés de donner une indication de leur préférence.

23. Il a été noté que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements considéraient, tant expressément qu'implicitement, que la question de la portée des clauses NPF dans les traités bilatéraux d'investissement relevait de l'interprétation des traités. Les traités bilatéraux d'investissement étant régis par le droit international, les principes d'interprétation des traités énoncés dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont applicables à leur interprétation⁸. En vertu de la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, 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»⁹. Dans le cadre de ses travaux futurs, le Groupe d'étude continuera d'examiner les différents facteurs qui ont été pris en considération par les tribunaux aux fins de l'interprétation, en vue d'examiner si des recommandations pourraient être faites sur les points suivants: a) la portée du contexte; b) la pertinence du contenu de la disposition que l'on vise à remplacer, c) l'interprétation de

⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31 1).

la disposition que l'on vise à inclure; d) la pertinence des travaux préparatoires; e) la pratique conventionnelle des parties, g) le principe de contemporanéité. Il a été estimé nécessaire d'étudier plus avant les aspects relatifs à l'interprétation de la clause NPF au-delà de l'affaire *Maffezini*, et de se demander si la distinction opérée dans la jurisprudence entre compétence et recevabilité pouvait être davantage précisée, qui était habilitée à invoquer la clause NPF, si une interprétation particulière pouvait être donnée à l'expression «traitement moins favorable» lorsqu'une telle disposition était invoquée dans le contexte de traités bilatéraux d'investissement, et si les exceptions de «politique publique» avaient un rôle à jouer en tant que restriction à l'application de la clause NPF.

24. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait précédemment estimé nécessaire d'étudier plus avant la question de la clause NPF dans le contexte du commerce des services au regard de l'Accord général sur le commerce des services et des accords d'investissement, ainsi que les relations entre les normes du traitement NPF, du traitement juste et équitable, et du traitement national. Le Groupe d'étude gardera ces questions à l'esprit en avançant dans ses travaux. Il a été également rappelé que le domaine des relations entre la clause NPF et les accords commerciaux régionaux devait faire l'objet d'une nouvelle étude. Il existait aussi d'autres domaines d'intérêt contemporain comme les accords d'investissement et les considérations relatives aux droits de l'homme. Le Groupe d'étude était cependant conscient de la nécessité de ne pas élargir le champ de ses travaux, et devait donc se garder d'explorer certains aspects qui risquaient de détourner l'attention de ses travaux dans des domaines où se posaient des problèmes quant à l'application des dispositions du projet d'articles de 1978.

25. Le Groupe d'étude a eu des échanges de vues sur les grandes orientations de son futur rapport et a estimé généralement important de replacer le contexte général de ses travaux dans le cadre plus vaste du droit international général, en tenant compte des développements qui avaient suivi l'adoption du projet d'articles de 1978, et d'aborder les problèmes contemporains relatifs aux clauses NPF, en analysant à cet égard des questions comme la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain, les travaux relatifs aux clauses NPF effectués par d'autres organes, et les différentes approches adoptées pour l'interprétation des clauses NPF. Il est également envisagé que le rapport final du Groupe d'étude traite d'une manière générale la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement, en analysant les différents facteurs qui intéressent ce processus et en présentant des exemples de clauses types pour la négociation de clauses NPF, fondées sur la pratique des États. Le Groupe d'étude a constaté que les modifications intervenues dans la composition de la Commission avaient eu une incidence sur la progression de ses travaux en raison de l'impossibilité d'examiner certains aspects entre les sessions. Il gardait néanmoins bon espoir de pouvoir achever son travail au cours des deux ou trois sessions suivantes de la Commission.