

CHAPITRE 7

LES STANDARDS INDIRECTS DE TRAITEMENT :
TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
ET TRAITEMENT NATIONAL

JULIEN CAZALA*

« L'interférence ou l'influence des Etats dans l'activité des investisseurs prend la forme de "mesures" ou de l'absence de mesures, ce qui inclut l'instauration et l'application de lois et de règlements, de pratiques et de toute forme de conduite réglementaire »¹. Ce sont ces éléments déterminant le régime applicable à l'investisseur et à l'investissement que l'on désigne sous le terme de traitement dans les instruments internationaux relatifs à l'investissement.

Contrairement au standard du traitement juste et équitable qui, sous réserve d'identification, a un contenu matériel propre, les standards du traitement national et de la nation la plus favorisée reposent sur un système d'indexation sur un régime juridique dicté dans un instrument autre que celui les contenant. En ce sens, ils sont qualifiés de standards indirects, contingents ou relatifs de traitement.

A l'exception des premiers traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement (TBI) conclus par quelques Etats sud-américains, tous les TBI incluent la clause de la nation la plus favorisée². Les références au principe du traitement national ne bénéficient pas de la même automaticité. Souvent associés dans un instrument international, les deux standards peuvent voir leur champ d'application respectif varier sensiblement.

Malgré ces variations, les deux principes obéissent à une logique commune. Ainsi, le tribunal arbitral de l'affaire *Parkerings-Compagniet* explique que « *[m]ost-favoured-nation (MFN) clauses are by essence very similar to "National Treatment" clauses. They have similar conditions of application and basically afford indirect advantages to their beneficiaries, namely a treatment no less favourable than the one granted to third parties. Tribunals' analyses of the*

* Julien CAZALA, Maître de conférences en droit public, Université d'Orléans, détaché en qualité d'expert technique international du ministère des Affaires étrangères auprès de l'Université Galatasaray (Istanbul).

¹ CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, New York/Genève, Nations Unies, 2010, p. 15.

² R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff, 1995, p. 65.

PARTIE I – CHAPITRE 7

National Treatment standard will therefore also be useful to discuss the alleged violation of the MFN standard »³.

La définition (I.), les conditions de mise en œuvre (II.), l'étendue des bénéfices pour l'investisseur ou l'investissement (III.) et l'articulation entre ces standards (IV.) seront successivement présentés.

I. DÉFINITION DES STANDARDS INDIRECTS DE TRAITEMENT

Le droit des investissements, à l'instar du droit international des échanges, accorde une place privilégiée aux standards permettant d'assurer qu'aucune discrimination ne pourra être imposée, à raison de la nationalité, entre des acteurs placés dans des situations semblables. La clause de la nation la plus favorisée pose un principe d'égalité entre des investisseurs étrangers, en s'alignant sur le régime le plus favorable accordé à l'un d'entre eux. Le principe du traitement national impose, dans la grande majorité des instruments, à l'Etat d'accorder à l'investisseur étranger un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé à un investisseur national⁴. Il n'est donc pas nécessairement question d'égalité entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers, sauf quand, comme c'est le cas dans quelques instruments, est posée une exigence de traitement identique⁵. Nous définirons successivement la clause de la nation la plus favorisée (A) et le principe du traitement national (B).

A. La clause de la nation la plus favorisée

Très ancienne, la clause de la nation la plus favorisée met en œuvre un jeu à trois⁶. Le dictionnaire du droit international la présente comme étant une « [d]isposition fréquemment utilisée, spécialement dans les traités de commerce, par laquelle les parties se garantissent le bénéfice d'avantages plus importants que l'une d'entre elles viendrait à accorder ultérieurement à un Etat tiers par un autre traité portant sur la même question »⁷. La définition, à tiroirs, qu'en donne la Commission du droit international des Nations Unies est plus précise. Il est affirmé qu'une « clause de la nation la plus favorisée est une disposition conventionnelle par laquelle un Etat assume à l'égard d'un autre l'obligation

³ *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, ICSID/ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, § 366.

⁴ Accord de libre-échange nord-américain, Washington, 17 décembre 1992, art. 1102 ; modèle français de TBI, 2006, art. 5.

⁵ Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries (GEPGL), 31 janvier 1982, art. 9.

⁶ Pour une présentation historique complète de la clause de la nation la plus favorisée : « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor, rapporteur spécial », *Ann. CDI*, 1969, vol. II, pp. 163-193.

⁷ *Dictionnaire de droit international public*, J. SALMON (dir.), Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 178. Il convient de relever que ce que l'on désigne par l'expression « traité de commerce » va bien au-delà de la question du traitement des commerçants, de sorte que ceux-ci sont fréquemment considérés comme de « véritables chartes des droits des étrangers », B. NOLDE, « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI* 1924-II, t. 3, p. 362.