

CHAPITRE 19

CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE  
ET CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT\*

La mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends représente l'une des plus questions actuellement les plus controversées de l'arbitrage transnational relatif aux investissements. On sait que depuis la sentence rendue dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>1</sup>, il est admis qu'un investisseur étranger peut enclencher unilatéralement une procédure de règlement des différends contre son Etat d'accueil sur le seul fondement de l'offre d'arbitrage contenue dans le traité de protection des investissements conclu avec son Etat de nationalité, sans avoir à recueillir le consentement spécifique de l'Etat défendeur. La grande majorité des accords de promotion et de protection des investissements prévoient en effet une procédure arbitrale internationale pour le règlement d'un différend qui surviendrait au sujet d'un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat partie par le ressortissant d'un autre Etat partie. Or, contrairement à la plupart des dispositions de ces traités, ces clauses d'arbitrage peuvent varier sensiblement d'un traité à l'autre<sup>2</sup>. L'idée est alors apparue que le jeu des clauses de la nation la plus favorisée présentes presque systématiquement dans ces accords pourrait aplanir ces différences en permettant à l'investisseur bénéficiaire du traitement de la nation la plus favorisée de se voir appliquer la procédure la plus favorable parmi toutes celles consenties par son Etat d'accueil.

Le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>3</sup> est le premier auquel la question a été soumise et il y a répondu positivement, tout en essayant de contenir les effets potentiels d'une telle mise en œuvre. Le traité bilatéral d'investissement (ci-après « TBI ») qui fondait la demande, conclu entre

\* Claire CRÉPET DAIGREMONT, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas.

<sup>1</sup> *Asian agricultural products limited c. République du Sri Lanka*, aff. CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale et opinion dissidente du 27 juin 1990, *ICSID Rev.*, 1991, pp. 526-573, *ICSID Rep.*, vol. 4, 1997, pp. 245-319, *ILM*, 1991, pp. 577-655, *IAR*, 1991, n°5, pp. A1-A76, *JDI*, 1992, pp. 216-232 (extraits traduits en français et commentaires, reproduits in GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, pp. 323-342), site Internet du CIRDI.

<sup>2</sup> CNUCED, *International investment agreements : key issues*, vol. 1, United Nations, New York, Genève, 2004, xxiv-384 p., spéc. chap. 12, pp. 347-380.

<sup>3</sup> *Emilio Agustin Maffezini c. Espagne*, aff. CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Rev.*, 2001, pp. 212-247, *ICSID Rep.*, vol. 5, 2002, pp. 396-418, *ILR*, vol. 124, p. 9, *ILM*, 2001, pp. 1129-1147, site Internet du CIRDI.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS  
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL  
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire  
et auprès des éditions A.Pedone  
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : [librairie@apedone.net](mailto:librairie@apedone.net) - site : [www.pedone.info](http://www.pedone.info)

PARTIE II – CHAPITRE 19

L'Espagne et l'Argentine le 3 octobre 1991, ne permettait le recours au CIRDI que dix-huit mois après la saisine obligatoire des tribunaux compétents de l'Etat défendeur. Le demandeur argentin n'ayant pas satisfait cette exigence, tenta de s'en libérer en arguant du droit au traitement plus favorable accordé par l'Espagne aux investisseurs chiliens. Conformément au TBI conclu avec le Chili le 2 octobre 1991, ces derniers pouvaient en effet saisir le Centre six mois seulement après la notification du différend à l'Etat défendeur, sans avoir à recourir préalablement aux tribunaux internes. Le tribunal accueillit l'argument dans une décision du 25 janvier 2000, considérant que les conditions de règlement des différends susceptibles d'intervenir entre un investisseur étranger et l'Etat d'accueil de l'investissement relevaient du domaine de la protection et du traitement des investissements étrangers, au même titre que les dispositions substantielles des TBI. D'importantes limites s'imposaient toutefois, selon le tribunal, afin d'éviter les risques de *treaty shopping* et pour respecter la volonté des Etats parties au traité contenant la clause de la nation la plus favorisée (le traité de base) : la clause ne pourrait faire obstacle à la mise en œuvre de considérations d'ordre public que les Etats parties auraient jugées fondamentales au moment de leur acceptation du traité<sup>4</sup>.

Cette décision a littéralement partagé le monde du droit international des investissements étrangers. Un peu plus d'une vingtaine de tribunaux arbitraux ont depuis été confrontés à la question. Un peu plus de la moitié a accepté qu'une clause de la nation la plus favorisée puisse modifier les conditions de leur saisine ou de leur compétence<sup>5</sup>, alors qu'un peu moins de la moitié l'a refusé<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Décision précitée, § 62. A titre d'exemples, le Tribunal évoque la condition de l'épuisement des voies de recours internes, l'obligation de choisir entre les recours internes et les procédures internationales (clause de choix irrévocable ou *fork-in-the-road*), la désignation d'une institution d'arbitrage spécifique comme le CIRDI, ou encore la description détaillée d'une procédure hautement institutionnalisée comme celle prévue dans l'Accord de libre-échange nord-américain.

<sup>5</sup> *Siemens A.G. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004, *Camuzzi International SA c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/03/7, décision sur la compétence du 10 juin 2005, *Gas Natural SDG, SA, c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/03/10, décision sur la compétence du 17 juin 2005, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, *Telefonica S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/03/20, décision sur la compétence du 25 mai 2006, *National Grid plc c. Argentine*, décision sur la compétence du 20 juin 2006, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/03/19, et *AWG Group Ltd. c. Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2006, *RosInvestCo UK Ltd. c. Russie*, décision sur la compétence, octobre 2007, *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/07/17, sentence et opinion dissidente du 21 juin 2011, *Hochtief AG c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, *Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/09/1, décision sur la compétence et opinion séparée du 21 décembre 2012, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistan*, aff. CIRDI n°ARB/11/20, décision sur la compétence et opinion dissidente du 3 juillet 2013.

<sup>6</sup> *Salini Costruttori SpA, Italstrade SpA c. Jordanie*, aff. CIRDI n°ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. CIRDI n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *Vladimir et Michael Berschader c. Russie*, arbitrage de l'Institut de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n°080/2004, sentence et opinion dissidente du 21 avril 2006, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*, aff. CIRDI n°ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. CIRDI

CONSETEMENT À L'ARBITRAGE ET CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Aucun n'a repris à son compte les limites liées aux considérations d'ordre public décrites dans la décision *Maffezini*, mais tous ont jugé nécessaire d'encadrer, de différentes manières, un tel recours à la clause.

L'ensemble de ces tribunaux n'a pas été confronté exactement au même problème. Dans la ligne de la décision *Maffezini*, certains ont été saisis de la question de savoir si l'obligation de saisir les tribunaux internes et d'attendre un délai de dix-huit mois pouvait être écartée sur le fondement du traitement de la nation la plus favorisée. Les tribunaux compétents dans les affaires *Siemens*, *Camuzzi*, *Gas Natural*, *Suez*, *National Grid*, *Suez et Vivendi* et *AWG Group*, *Hochtief*, *Telefonica*, *Impregilo* et *Teinver* toutes dirigées contre l'Argentine, l'ont accepté. En revanche, les tribunaux saisis dans les affaires *Wintershall*, *ICS* et *Daimler*, également dirigées contre l'Argentine, l'ont refusé, considérant que les Etats parties aux clauses de la nation la plus favorisée invoquées ne pouvaient avoir voulu qu'elles aient une telle portée procédurale.

D'autres tribunaux arbitraux ont été saisis d'un aspect différent du même problème. Il s'agissait non plus de faciliter la recevabilité de la requête, mais plutôt de fonder la compétence du tribunal arbitral. Ainsi dans l'affaire *Salini c. Jordanie* s'agissait-il de fonder la compétence d'un tel tribunal dans un différend contractuel. Le TBI conclu avec l'Italie imposait aux parties d'engager exclusivement la procédure de règlement des différends spécialement prévue au contrat, alors que les clauses d'arbitrage international des TBI conclus notamment avec les Etats-Unis ou le Royaume-Uni couvraient les différends contractuels même lorsqu'une autre procédure était prévue au contrat. Dans l'affaire *Berschader c. Russie*, le demandeur souhaitait étendre la compétence du tribunal au-delà du simple calcul du montant dû en cas d'expropriation, comme cela était uniquement envisagé dans le traité de base qui fondait la demande. La même situation s'est présentée dans les affaires *Telenor Mobile c. Hongrie*, *RosInvestCo c. Russie*, *Renta 4 c. Russie*, *Tza Yap Shum c. Pérou* et *Austria Airlines c. Slovaquie*. Dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, le demandeur souhaitait fonder la compétence du CIRDI. De même, dans l'affaire *Garanti Koza c. Turkmenistan*, le demandeur ne pouvait accéder à l'arbitrage du centre en l'absence de l'accord spécifique de l'Etat défendeur requis dans le traité de base. Parmi l'ensemble de cette seconde série de décisions, seuls les tribunaux saisis dans les affaires *RosInvestCo* et *Garanti Koza* ont admis leur compétence sur le fondement de la clause de la nation la plus favorisée.

Ces divergences de jurisprudence proviennent pour partie de différences de formulations – et par conséquent de champs d'application – entre les clauses de la nation la plus favorisée applicables dans chaque espèce. Dans l'affaire

---

n°ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, *Renta 4 S.V.S.A. c. Russie*, arbitrage de l'Institut de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n°024/2007, sentence et opinion dissidente du 20 mars 2009, *Tza Yap Shum c. Pérou*, aff. CIRDI n°ARB/07/6, décision sur la compétence du 19 juin 2009, *Austria Airlines c. Slovaquie*, arbitrage CNUDCI, sentence et opinion dissidente du 9 octobre 2009, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine*, aff. CPA/CNUDCI n°2010-9, sentence du 10 février 2012 et *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/05/1, sentence, opinion concordante et opinion dissidente du 22 août 2012.

PARTIE II – CHAPITRE 19

*Maffezini* par exemple, la clause de la nation la plus favorisée était expressément applicable « *in all matters subject to this agreement* ». De même, la clause de la nation la plus favorisée applicable dans l'affaire *Garanti Koza* visait expressément les articles 1 à 11 du TBI, c'est-à-dire y compris l'article 8 relatif au règlement des différends. Ces formulations très larges ont conforté les tribunaux dans leur décision d'accepter le jeu de la clause. Inversement, les tribunaux saisis dans les affaires *Daimler* et *ICS* par exemple ont pu notamment fonder leur refus sur les termes employés dans les clauses de la nation la plus favorisée applicables, qui rendaient assez incommode leur extension au domaine procédural. La plupart des tribunaux arbitraux qui se sont prononcés sur l'argument tiré de la clause de la nation la plus favorisée ont d'ailleurs pris soin de préciser qu'ils se prononçaient *in casu* sur la portée de la clause dont ils étaient saisis, et non pas en général sur la portée de n'importe quelle clause de la nation la plus favorisée.

Les différences de formulation entre les clauses de la nation la plus favorisée applicables ne suffisent toutefois pas à justifier les divergences de jurisprudence. Elles ne sont d'ailleurs pas déterminantes pour répondre à la question de savoir si la portée d'une clause de la nation la plus favorisée insérée dans un traité de protection des investissements s'étend au domaine procédural. La lecture des sentences révèle un débat beaucoup plus tranché, dont l'enjeu dépasse les cas d'espèces pour concerner la conception que l'on peut avoir de l'arbitrage transnational lui-même, du principe du consentement à la juridiction, ainsi que de celui du respect de la volonté, et donc de la souveraineté, des Etats.

Trois précisions doivent être apportées avant d'entrer dans le vif de la controverse. Premièrement, les tribunaux arbitraux disposent, en vertu du principe de la compétence de la compétence, du pouvoir de trancher la question de savoir si la clause de la nation la plus favorisée peut servir de fondement aux demandes qui leur sont soumises<sup>7</sup>. Deuxièmement, les clauses attributives de compétence doivent être interprétées ni dans un sens restrictif ni dans un sens libéral<sup>8</sup>. Enfin les tribunaux arbitraux ne sont pas liés par les précédents, même s'ils sont souvent attentifs à la cohérence des décisions rendues<sup>9</sup>.

La détermination de la portée procédurale des clauses de la nation la plus favorisée des TBI se pose à deux niveaux : il faut déterminer en premier lieu si ces clauses sont *susceptibles* d'être applicables dans ce domaine, c'est-à-dire si elles en ont la *capacité*, chacune, dans l'absolu (I) ; il faudra ensuite se demander si une telle mise en œuvre est conforme à la volonté des Etats parties à ces clauses (II).

---

<sup>7</sup> V. par exemple *Renta 4 c. Russie*, § 83 : « *the Claimants are not seeking to establish that Russia breached an obligation under the basic treaty (the Spanish BIT) by failing explicitly to grant to Spanish investors the same access to international arbitration as the access the Claimants say is enjoyed by Danish investors. The question is instead simply whether Article 5(2) of the Spanish BIT evidences Russia's consent that this Tribunal's jurisdiction should have an ambit beyond that of Article 10* ». V. également l'affaire *Hochtief c. Argentine*, en particulier l'opinion dissidente de J. Ch. Thomas.

<sup>8</sup> V. par exemple la sentence *Austrian Airlines c. Slovaquie*, § 119.

<sup>9</sup> V. dans cet ouvrage le chapitre 2 consacré à la jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements, pp. 119-133.