

PRÉFACE

Nul n'ignore l'importance du droit des traités dans l'ordre juridique international, comparable par sa place centrale, au droit des obligations du droit interne. Parmi les techniques du droit des traités, une des plus anciennes est sans conteste la clause de la nation la plus favorisée dont on peut trouver la trace jusque dans les rapports entre villes méditerranéennes au Moyen-Âge, ainsi que dans la pratique des capitulations dès le XVIème siècle et dans les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation à partir de la fin du XVIIIème. Depuis cette époque la clause de la nation la plus favorisée est devenue une des clauses les plus fréquentes de la pratique conventionnelle dans de nombreux domaines (tout particulièrement le droit international économique mais aussi les accords douaniers, la condition des étrangers, les accords fiscaux, les relations diplomatiques et consulaires ...).

Une telle clause met en place un mécanisme visant à égaliser le traitement juridique que divers Etats s'accordent entre eux en s'alignant à chaque fois sur le traitement accordé aux ressortissants de l'Etat le plus favorisé. Les problèmes juridiques soulevés par un tel mécanisme ont fait l'objet d'études nombreuses, dans les diverses langues européennes, dès la fin du XIXème et le début du XXème siècle. A la fin du siècle dernier, on pouvait compter plusieurs cours de l'Académie de droit international de La Haye, deux rapports de l'Institut de droit international, l'un en 1934 et l'autre en 1969, ainsi que les travaux de codification de la Commission du droit international menés de 1964 à 1978. A cela il faut ajouter tous les ouvrages et articles cités dans la riche bibliographie présentée par Claire Crépet Daigremont dans sa thèse. Ce qui conduit inévitablement à la question : pouvait-on encore entreprendre une nouvelle recherche approfondie sur la clause de la nation la plus favorisée et pourquoi ?

En fait, comme tout observateur de la scène internationale le sait, les deux disciplines majeures du droit international économique, le droit international des échanges et le droit international des investissements, tous deux grands utilisateurs de la clause conventionnelle de la nation la plus favorisée, ont connu depuis un quart de siècle une expansion telle que la pratique et l'étude de cette clause s'en est trouvée renouvelée et ceci dans les deux dimensions de toute discipline juridique : la dimension « législative », c'est-à-dire l'existence d'un ensemble normatif écrit fournissant les règles régissant un domaine des relations entre sujets du droit et la dimension juridictionnelle, c'est-à-dire l'application du droit par les tribunaux. S'agissant du législatif c'est la constitution de l'Organisation mondiale du commerce, l'institution elle-même et les traités qu'elle gère depuis 1995, qui a entraîné un bouleversement sans pareil du droit international des échanges. Le droit international des investissements de son côté, sans bénéficier d'une construction juridique aussi complète, combinant des traités de grande portée et une institution internationale spécifique regroupant

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

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

161 Membres, n'en a pas moins été complètement renouvelé lui aussi par la conclusion d'un nombre sans précédent de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements ainsi que de quelques traités multilatéraux qui ont cependant une influence non négligeable au-delà de leur sphère de validité.

Mais disposer d'une législation substantielle n'est que la première des conditions permettant une expansion de la sphère du droit. Pour que les dispositions « législatives » ne soient pas paralysées par l'état d'anarchie originel qui règne entre Etats dont les prétentions juridiques s'affrontent sans que personne ne puisse les départager, il faut nécessairement qu'une instance juridictionnelle soit créée qui puisse avoir pour fonction de dire le droit de façon contraignante à l'adresse des Etats en litige. Ou autrement dit, il faut qu'il existe un juge à la compétence obligatoire, pouvant être saisi facilement et dont les décisions s'imposent aux sujets de l'ordre juridique en question. L'intervention d'un tel juge est particulièrement nécessaire s'agissant d'une technique du droit des traités aussi complexe que celle de la nation la plus favorisée.

De façon très remarquable, ce résultat a été atteint de façon totalement opposée dans les deux branches principales du droit international économique. Dans l'Organisation mondiale du commerce, a été mis en place, comme on le sait, un mécanisme obligatoire de règlement des litiges entre ses Membres qui, des groupes spéciaux à l'Organe d'appel, permet à un organe de type juridictionnel, d'interpréter les normes en dernière instance et de trancher entre les litigants. Il s'agit d'un mécanisme qu'on peut qualifier de classique du point de vue du droit international car il oppose uniquement des Etats, et que les personnes siégeant dans l'Organe d'appel sont élues par l'ensemble des Membres de l'OMC. On est donc dans le droit international public traditionnel, la seule innovation, mais elle change tout, est le caractère obligatoire de la procédure de règlement des différends. Tout Membre de l'OMC, du fait de sa participation à l'Organisation, peut faire l'objet d'une plainte devant l'ORD et devra défendre sa position devant un groupe spécial et éventuellement devant l'Organe d'appel qui décidera *in fine*. D'où la formation au sein de l'OMC d'une jurisprudence sans précédent dans l'histoire du droit international, tant du point de vue quantitatif (66 grandes affaires répertoriées dans cette thèse ont trait directement ou indirectement à la clause de la nation la plus favorisée) que qualitatif (les « rapports » résultant de l'étude de ces affaires par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel constituant autant d'analyses élaborées des problèmes juridiques soulevés par l'application des grands traités constitutifs de l'OMC).

C'est une toute autre voie qu'a empruntée le droit international des investissements tant dans sa branche « législative » que dans celle du règlement des différends. Pour le « législatif » point de grand accord multilatéral ratifié par un nombre d'Etats représentant une grande majorité de la communauté internationale, sur le modèle des accords de l'OMC, et point d'organisation internationale pour gérer ces accords. A la place on constate un mouvement d'abord lent dans les années soixante/soixante-dix, de conclusion de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements entre Etats. Ces

PRÉFACE

traités comportent des dispositions conventionnelles largement semblables et intègrent la plupart du temps une clause de la nation la plus favorisée.

Avec les années quatre-vingt-dix/deux mille, la conclusion de ces traités bilatéraux s'accélère de façon considérable, pour atteindre à l'heure actuelle, approximativement, les trois mille traités. Chaque traité est naturellement son propre ordre juridique, indépendant de tout autre traité, mais l'accumulation d'un si grand nombre de conventions comportant des dispositions proches les unes des autres, ne pouvait pas ne pas avoir des effets sur la constitution d'un droit conventionnel des investissements dont la portée dépasse chaque accord *ut singuli*. Et ce d'autant plus qu'ici aussi, mais de façon toute différente, le développement « législatif » du droit allait s'accompagner d'un progrès juridictionnel impensable il y a quelques décennies encore.

Celui-ci s'est manifesté en deux étapes. La première a été la constitution en 1965, sous l'égide de la Banque mondiale, du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), permettant aux investisseurs des Etats ayant ratifié la convention de Washington de 1965 (151 Etats en 2015), de bénéficier d'un centre d'arbitrage clairement inséré dans l'ordre juridique du droit international. Mais en outre, dès la fin des années soixante, on constate que les traités de protection des investissements comportent des dispositions prévoyant qu'en cas de litige entre investisseurs et Etats d'accueil de l'investissement portant sur le respect de ces traités, le différend pourra être porté devant un centre d'arbitrage et, d'abord, dans une grande majorité de cas, devant le CIRDI. L'impact de ces dispositions resta longtemps modeste. Tant qu'il y avait un nombre restreint de traités de protection des investissements et que les arbitres ne se reconnaissaient compétents que si la saisine du tribunal avait été prévue, non seulement dans le traité mais aussi dans le contrat d'investissement liant un Etat d'accueil et un investisseur étranger, le potentiel révolutionnaire de la situation restait latent.

On connaît la suite. Le 27 juin 1990, le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*, acceptait de se considérer compétent sur la seule base d'un traité de protection en l'absence même d'un contrat entre l'investisseur et l'Etat d'accueil de l'investissement. La décision sera suivie par tous les tribunaux arbitraux en matière d'investissement qu'ils appartiennent au CIRDI ou à d'autres centres arbitrages. En outre, les deux décennies suivantes vont connaître une accélération sans précédent dans la conclusion de traités bilatéraux de protection des investissements comportant des clauses de règlement des différends par recours à l'arbitrage. Il devenait ainsi facile aux investisseurs d'attirer des Etats devant des juridictions arbitrales pour contester leurs actes au nom des engagements pris dans ces traités conclus entre leur Etat national et l'Etat d'accueil de leur investissement. L'ampleur de la révolution opérée se voit dans la jurisprudence arbitrale citée par Claire Crépet Daigremont qui intéresse directement ou indirectement la clause de la nation la plus favorisée, soit plus de soixante-dix affaires pour cette question seule.

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Ce qui allait produire une situation toute différente de celle existant au sein de l'OMC : ce n'est pas sur un organe central saisissable uniquement par des Etats que repose la fonction juridictionnelle, mais sur une multiplicité de tribunaux d'arbitrage saisis par des particuliers et se prononçant sur la question de droit international du respect ou non du traité de protection qui, pour en revenir au sujet de cet ouvrage, comporte dans un très grand nombre de cas, une clause de la nation la plus favorisée.

On perçoit que si l'on ajoute les affaires traitées au sein de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et celles traitées par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, jamais dans l'histoire, la question de la clause de la nation la plus favorisée n'avait fait l'objet d'une jurisprudence d'une telle ampleur. Il y avait donc effectivement suffisamment de matière pour reprendre une étude doctrinale approfondie de l'antique clause de la nation la plus favorisée et c'est ce que Claire Crépet Daigremont nous propose dans cet ouvrage. Car si la clause nous semble familière, presque évidente, elle recèle des difficultés techniques redoutables et ses fondements mêmes sont paradoxaux. Alors même que la clause a pour finalité d'aboutir à une égalité entre les Etats sur une base de réciprocité, son fonctionnement peut conduire à moins d'égalité et de réciprocité. D'où les critiques qui lui sont régulièrement adressées et d'où une jurisprudence complexe qui doit prendre en compte des paramètres multiples ainsi que les intérêts des différentes parties, Etats et personnes privées.

Ce qui ressort finalement, est que la clause continue de jouer un rôle majeur dans les domaines du droit international des échanges et de l'investissement mais aussi du droit de la condition des étrangers, du droit fiscal avec des effets qui se font sentir sur d'autres domaines comme le droit de la concurrence. Claire Crépet Daigremont nous livre une étude minutieuse, nourrie de toute la littérature doctrinale en la matière et d'une connaissance approfondie de la jurisprudence dont nous avons déjà dit l'importance. Elle fait montre d'une capacité d'analyse remarquable et d'une grande clarté d'exposition de questions réellement complexes sur lesquelles les plus grands noms du droit international ont écrit. Elle fait preuve ainsi des qualités d'une vraie universitaire. Mais son étude n'intéressera pas seulement la doctrine « académique » comme l'on dit aujourd'hui. Elle apportera ses lumières aux praticiens, qu'ils soient fonctionnaires chargés de rédiger les clauses d'un traité ou de défendre la position de leur Etat devant les groupes spéciaux ou devant l'Organe d'appel de l'OMC. Elle sera également utile aux arbitres et avocats chargés de juger ou de défendre des parties dans une affaire où l'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée est en jeu. Une clause ancienne dont la verdeur théorique et pratique est remarquable. Telle est la leçon qui se dégage du bel ouvrage de Claire Crépet Daigremont.

Charles LEBEN

Professeur émérite,

Université Panthéon-Assas (Paris 2)