

CHAPITRE SECOND.
LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
DANS UN CADRE JURIDIQUE DÉSÉQUILIBRÉ :
L'EXEMPLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Les premiers traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers (ci-après « traités bilatéraux d'investissement » ou « TBI ») ont été conclus en Europe à partir de la fin des années 1950. Ces traités n'ont ensuite cessé de proliférer partout dans le monde suivant une courbe exponentielle : on en dénombrait 72 en 1969, 166 en 1979, 386 en 1989, 1857 en 1999, 2332 fin 2003¹ et près de trois mille fin 2014 auxquels il faut ajouter 345 autres accords économiques contenant des dispositions sur le traitement des investissements². 197 pays ont conclu au moins un TBI³. Ils succèdent aux traités d'amitié, de commerce et de navigation (« traités FCN »⁴) et aux conventions d'établissement⁵ qui prévalaient jusqu'alors dans les relations économiques internationales. Le TBI représente toutefois, dans les années 1960, un instrument conventionnel nouveau, considéré comme mieux adapté aux relations économiques modernes entre pays développés et pays ayant accédé à l'indépendance après la décolonisation.

Les traités bilatéraux d'investissement se distinguent des conventions d'établissement et des traités FCN en ce qu'ils n'ont pas pour objet l'attribution de droits privés, même économiques, aux étrangers, pas même en tant qu'ils sont des investisseurs. Ces traités visent à promouvoir et à protéger les investissements étrangers, en particulier contre les mesures de dépossession que pourraient adopter l'Etat d'accueil. Dans un contexte de « nouvel ordre économique mondial » marqué par la revendication par de nouveaux Etats de droits souverains sur leurs ressources naturelles et la remise en cause des standards coutumiers de traitement et de protection, il importait en effet de rassurer l'opération d'investissement et le

¹ CNUCED, *Bilateral investment treaties 1959-1999*, Nations Unies, 2000, v-135 p., spéc. p. 1, *International investment agreements : key issues*, vol. I, Nations Unies, 2004, xxiv-392 p., spéc. p. 9.

² UNCTAD, *World Investment Report 2015*, United Nations, 2015, 218 p., spéc. p. 106.

³ UNCTAD, *World Investment Report 2012, Towards a New Generation of Investment Policies*, United Nations, 2012, 204 p., spéc. p. 84 et *World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, United Nations, 2013, 236 p., spéc. p. 101.

⁴ Les « *friendship, commerce and navigation treaties* » conclus par les Etats-Unis sont « avant tout des traités d'établissement, développés et perfectionnés depuis de longues années, et servant notamment à protéger les investissements américains à l'étranger » (PREISWERK (Roy), *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, 1963, *op. cit.* p. 2). C'est pourquoi ils ont aussi été nommés « *investment treaties* », mais ils ne doivent pas être confondus avec les TBI (LAVIEC (Jean-Pierre), *Protection et promotion des investissements*, 1985, *op. cit.* p. 10).

⁵ Voy. notamment BISHOP (R. Doak), CRAWFORD (James), REISMAN (W. Michael), *Foreign investment disputes : cases, materials, and commentary*, The Hague : Kluwer Law International, 2005, lv-1653 p., spéc. p. 19-48.

traité bilatéral est apparu comme l'instrument juridique approprié, qui permet de concilier les intérêts en présence. Historiquement, les TBI ont donc été conclus sur proposition des pays développés, exportateurs de capitaux, qui souhaitent garantir une protection aux investissements de leurs nationaux à l'étranger, avec les pays en développement, importateurs de capitaux, qui les acceptaient afin d'attirer les capitaux étrangers nécessaires à leur développement.

Les TBI sont formellement réciproques : les deux Etats parties s'engagent l'un envers l'autre sur les mêmes obligations vis-à-vis des investissements effectués sur leur territoire respectif par les ressortissants de l'autre partie. Les obligations qu'ils contiennent pèsent cependant exclusivement sur l'un seulement des Etats parties : l'Etat d'accueil de l'investissement. Il n'y a là rien de surprenant : puisqu'il s'agit de définir les conditions dans lesquelles l'opération d'investissement se réalise sur le territoire de l'Etat d'accueil, c'est sur lui que repose les obligations d'accueil, de traitement, de protection et de règlement des différends⁶. En conséquence, on constate un déséquilibre matériel entre les droits et les obligations des deux Etats contractant un traité bilatéral d'investissement : les obligations pèsent exclusivement sur l'Etat d'accueil de l'investissement⁷.

Dans ce contexte, la clause de la nation la plus favorisée et le principe de réciprocité ont une interaction différente de celle présente en droit international des échanges, en matière de condition des étrangers ou en droit consulaire. Toutes les obligations pesant sur l'Etat d'accueil des investissements, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée ne pèse que sur l'Etat concédant (qui est par hypothèse l'Etat d'accueil). Le traité étant déséquilibré au moment de sa conclusion, la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée n'a pour effet que d'accentuer ce déséquilibre. Un autre constat s'impose néanmoins : si la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée fait l'unanimité dans le cadre bilatéral (section I), le déséquilibre matériel du droit international des investissements semble faire obstacle à la multilatéralisation de ce droit et par conséquent à celle de la clause de la nation la plus favorisée (section II). Ces premières considérations devraient donc certainement être plus nuancées.

⁶ Une contrepartie aux obligations souscrites par l'Etat d'accueil pourrait être trouvée dans la garantie apportée par l'Etat national de l'investissement. Le traitement et la protection d'une part, la garantie d'autre part, constitueraient le « *do ut des* » (CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, éd. 2013, *op. cit.* §1302) des relations étatiques d'investissement : les pays importateurs de capitaux souscrivent les obligations de traitement et de protection et les pays exportateurs apportent en échange leur garantie. Mais dans cette négociation bilatérale, ces derniers sont en position de force et les TBI ne posent aucune obligation de garantie à la charge de l'Etat national de l'investissement.

⁷ Pour Patrick Juillard, ce constat est sans appel : le système conventionnel « est totalement déséquilibré pour une raison très simple, c'est qu'il n'a jamais prétendu être équilibré » ; « ces conventions bilatérales sont par essence inégalitaires » (*Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, LEBEN (Ch.) (dir.), Louvain-la-Neuve : Anthemis, Paris : LGDJ, 2006, 396 p., spéc. p. 190-191). De même, Ferhat Horchani parle du « déséquilibre structurel qui caractérise les accords d'investissement modernes » (*Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis, Pedone, 2006, 338 p., spéc. p. 6). Corinne Vadcar procède au même constat (voy. « La réciprocité dans le système commercial international », *JDI* 2002, p. 773-791, spéc. p. 777).