

CHAPITRE SECOND.
LES LIMITES RÉSULTANT
DE LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE :
ÉTUDE DES PROBLÈMES POSÉS
PAR LES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

Jusqu'à une période récente, les nombreuses clauses de la nation la plus favorisée applicables en droit international des investissements étrangers ne jouaient pas un rôle majeur¹. D'une part, la généralisation du traitement national les avait reléguées à une place secondaire. D'autre part, en l'absence d'engagements internationaux pris en matière de libéralisation des investissements, elles ne pouvaient acquérir la même place fondamentale que celle qu'elles occupent en droit international des échanges. Les clauses de la nation la plus favorisée exerçaient ainsi un emploi principalement formel dont l'intérêt concret ne pouvait se révéler qu'en l'absence de traitement national ou lorsque ce traitement était inférieur au traitement réservé à certains étrangers. Ces données n'ont pas évolué, mais depuis quelques années, deux conditions ont été réunies pour donner à la clause une vigueur nouvelle en droit international des investissements étrangers.

Premièrement, la clause de la nation la plus favorisée peut jouer un rôle important à l'égard des investissements étrangers car le droit international des investissements est constitué non pas exclusivement de règles coutumières, mais surtout de nombreux traités bilatéraux (TBI) dont les dispositions diffèrent parfois d'un instrument à l'autre. Dans la mesure où ces différences engendrent une inégalité de traitement des investissements selon leur origine (discriminations directes), la clause de la nation la plus favorisée pourrait permettre d'harmoniser le contenu des traités conclus par un même Etat.

Deuxièmement, la plupart des investisseurs étrangers ont désormais accès à un tribunal arbitral international pour faire valoir leurs droits. Depuis les sentences connues rendues dans les affaires *SPP c. Egypte*² et *AAPL c. Sri Lanka*³, il est en

¹ Voy. *supra* en particulier p. 169 et s. Ce constat est partagé par KURTZ (Jürgen), « The MFN standard and foreign investment, an uneasy fit ? », *JWIT* 2004, p. 861-886, spéc. p. 866, et FAYA RODRIGUEZ (Alejandro), « The most-favored-nation clause in international investment agreements – A tool for treaty shopping ? », *JIA* 2008, p. 89-102, spéc. p. 89.

² *SPP c. Egypte (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte)*, aff. CIRDI n°ARB/84/3, décision sur la compétence et opinion dissidente, 27 nov. 1985 et 14 avril 1988, *ICSID Rep.* vol. 3, 1995, p. 101-188, *JDI* 1994, p. 218-226, *La jurisprudence du CIRDI* p. 347-357.

³ *Asian agricultural products limited c. République du Sri Lanka*, aff. CIRDI n°ARB/87/3, sentence finale et opinion dissidente, 27 juin 1990, *ICSID Rev.* 1991, p. 526-573, *ICSID Rep.* vol. 4, 1997, p. 245-319, *ILM* 1991, p. 577-655, *IAR* 1991, n°5, p. A1-A76, *JDI* 1992, p. 216-227, *La jurisprudence du CIRDI*, p. 323-336, site Internet du CIRDI.

effet admis que les consentements à l'arbitrage des parties au litige, Etat d'accueil et investisseur étranger, peuvent être dissociés, c'est-à-dire être contenus dans deux documents distincts, émis à des moments différents. L'Etat d'accueil exprime son consentement dans un instrument de protection des investissements : une loi interne ou un traité de protection des investissements. L'investisseur accepte cette offre de compétence au moment du dépôt de la requête d'arbitrage⁴. Le consentement de l'Etat constitue ainsi une offre permanente d'arbitrage qui permet à tout investisseur désigné de saisir automatiquement un tribunal arbitral international (un tribunal institutionnalisé, du CIRDI notamment, ou un tribunal *ad hoc*) d'un différend intervenu avec l'Etat d'accueil au sujet de son investissement. Ce phénomène a été appelé arbitrage « *without privity* »⁵, « *without contractual relationship* »⁶, « sans lien de droit »⁷, ou encore « arbitrage transnational unilatéral »⁸.

L'apparition de ce nouveau type d'arbitrage n'a pas eu un effet direct ni immédiat sur le jeu, en tant que tel, des clauses de la nation la plus favorisée. L'impact a été considérable sur l'outil que représentent les accords de protection des investissements et, notamment, sur celui dont les demandeurs disposent avec les clauses de la nation la plus favorisée. Le contentieux soumis à l'arbitrage des tribunaux internationaux est en effet relatif à la responsabilité internationale de l'Etat résultant de la violation des obligations consenties dans l'ordre juridique international. Les demandes soumises par les investisseurs sont fondées sur le droit international conventionnel, c'est-à-dire sur les obligations contenues dans les traités de protection des investissements. Les clauses de la nation la plus favorisée deviennent dès lors, en droit international des investissements, un fabuleux outil de mise en cause de la responsabilité des Etats.

Il a fallu peu de temps aux demandeurs pour s'en rendre compte. Depuis janvier 2000, date de la publication de la première décision qui a révélé cette possibilité dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*⁹, la moindre différence entre les traités tente

⁴ *American Manufacturing & Trading INC. (AMT) c. République du Zaïre*, aff. CIRDI n°ARB/93/1, sentence et opinion séparée, 21 fév. 1997, §5.18, 5.23, *ICSID Rep.* vol. 5, 2002, p. 14-42, *ILM* 1997, p. 1534-1555 ; *IAR* 1994, n°12-4., p. A1-A20, *JDI* 1998, p. 243-263, *La jurisprudence du CIRDI* p. 425-447.

⁵ PAULSSON (Jan), « Arbitration without privity », *ICSID Rev.* 1995, p. 232-257.

⁶ WERNER (J.), « The trade explosion and some likely effects on international arbitration », *Journal of international arbitration* 1997, vol. 14, p. 5, cité par Brigitte Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec, 2000, 728 p., p. 223-244, spéc. p. 224.

⁷ BURDEAU (Geneviève), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.* 1995, p. 3-37.

⁸ BEN HAMIDA (Walid), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse sous la dir. du Pr. Ph. Fouchard, Université Paris II, 2003, 728 p. Voy. aussi GAILLARD (Emmanuel), « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003, p. 853-875, spéc. p. 858-863 et STERN (Brigitte), « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. arb.* 2000, p. 403-427.

⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne* (ci-après « *Maffezini c. Espagne* »), aff. CIRDI n°ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janv. 2000, *ICSID Rev.* 2001, p. 212-247, *ICSID Rep.* vol. 5, 2002, p. 396-418, *ILR* vol. 124, p. 9, *ILM* 2001, p. 1129-1147, site Internet du CIRDI.

d'être exploitée à leur avantage par les demandeurs. La clause de la nation la plus favorisée est invoquée dans des hypothèses inédites, ouvrant des perspectives apparemment illimitées et provoquant par conséquent un débat agité. Comme au sujet de l'arbitrage transnational sur le fondement d'un consentement dissocié, on se demande si ce nouvel instrument n'est pas la pire ou la meilleure des choses¹⁰. Les clauses de la nation la plus favorisée semblent autoriser une sorte de *treaty shopping* : les investisseurs auraient la possibilité de choisir, parmi toutes les dispositions des traités conclus par leur Etat d'accueil, l'application de celles qu'ils préfèrent. La légitimité de cette utilisation, qui engendre une situation d'insécurité juridique, est contestée.

Le problème que pose ici le jeu de la clause de la nation la plus favorisée est celui de l'identification des limites qui lui sont propres : attire-t-elle n'importe quelle disposition d'un traité tiers ou bien y a-t-il des limites à son jeu, autres que celles résultant des exceptions expresses ? Les limites au jeu de la clause sont connues¹¹. Elles résultent des conditions de mise en œuvre de cette clause : invocation d'un droit relatif à son champ d'application, règle *ejusdem generis*, similarité, caractère plus favorable du traitement requis. Elles sont ainsi nombreuses. En droit international des investissements, les limites résultant du mécanisme des clauses de la nation la plus favorisée (section I) ne semblent cependant pas suffire à faire respecter la volonté des Etats parties (section II).

SECTION I.

LES LIMITES RÉSULTANT DU JEU DES CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Les clauses de la nation la plus favorisée empruntent des rédactions variées dans les TBI. Il est possible de les classer selon le type d'avantages qu'elles sont susceptibles d'attirer. Trois catégories se distinguent : certaines clauses peuvent être qualifiées de neutres (type A), d'autres énumèrent les activités liées à l'opération d'investissement comprises dans la notion de traitement (type B), la troisième série énumère les domaines du traité couverts par la clause de la nation la plus favorisée (type C). Les clauses neutres visent le traitement sans aucune limitation expresse. Elles se présentent sous trois versions selon les bénéficiaires visés : les investisseurs et les investissements (clause A1), les investissements uniquement (clause A2) ou seulement les investisseurs (clause A3).

¹⁰ STERN (Brigitte), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.* spéc. p. 244.

¹¹ Voy. *supra* p. 58 et s.