

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	3
SOMMAIRE	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES SIGLES	11
INTRODUCTION	
1. La clause de la nation la plus favorisée : bref historique	15
a. La pratique	15
b. Les controverses	20
2. La clause de la nation la plus favorisée : identification	29
a. Caractère conventionnel, bilatéral ou multilatéral	29
b. Définition	33
c. Vraies et fausses clauses de la nation la plus favorisée	35
3. La clause de la nation la plus favorisée : problématique	37

PREMIÈRE PARTIE.

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET RÉCIPROCITÉ

TITRE PREMIER.

CONTRADICTION ENTRE

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET RÉCIPROCITÉ

CHAPITRE PREMIER.

LA RUPTURE DE L'ÉQUILIBRE GLOBAL DU TRAITÉ DE BASE

PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE45

Section I. La clause de la nation la plus favorisée

comme source de droits gratuits.....45

§1. L'Etat concédant, seul débiteur de l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée..... 45

I. Le caractère unilatéral de l'obligation d'accorder le traitement de la nation

la plus favorisée 45

A. La clause de la nation la plus favorisée comme source de l'obligation.....46

B. L'octroi d'un avantage à un tiers comme condition de mise en œuvre

de la clause.....47

1. Condition dont dépend le moment où le droit au traitement plus favorable prend effet 47

2. Condition dont dépend le moment où le droit au traitement plus favorable prend fin 48

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

II. Une obligation sans contrepartie certaine.....	49
§2. <i>L'Etat bénéficiaire, débiteur d'une obligation corrélative : les clauses conditionnelles de la nation la plus favorisée</i>	50
I. Le rejet de la conditionnalité.....	50
A. Condamnation de la forme classique de conditionnalité	51
B. Condamnation des conditions de réciprocité	52
II. Les retours de la conditionnalité.....	54
A. La réserve des conventions multilatérales	54
B. L'application conditionnelle des codes du GATT	56
Section II. La clause de la nation la plus favorisée comme source limitée de droits	58
§1. <i>Variété des droits applicables</i>	58
I. Sources internationales et internes des droits invocables.....	59
A. Non-invocabilité de droits contractuels.....	60
B. Non-invocabilité de normes coutumières	61
1. Invocabilité de normes coutumières reprises dans un traité tiers	61
2. Invocabilité de normes coutumières par le biais du silence du traité tiers.....	63
II. Applicabilité des droits invocables	64
A. Indifférence de la date à laquelle le traitement plus favorable est accordé.....	64
B. Indifférence de l'effectivité de l'application du traitement plus favorable	65
§2. <i>Conditions d'applicabilité des droits</i>	66
I. La règle <i>ejusdem generis</i>	66
A. La règle <i>ejusdem generis</i> : respect d'une volonté supposée des Etats parties de n'appliquer la clause qu'à un domaine convenu de relations	67
B. La règle <i>ejusdem generis</i> : identité entre le domaine dont relève l'avantage requis et celui soumis à la clause de la nation la plus favorisée.....	69
1. La position de Pierre Pescatore	70
2. La position d'Endre Ustor.....	71
3. Conclusions.....	73
II. La similarité de situation des bénéficiaires.....	74
III. Le caractère plus favorable du traitement dû au titre de la clause	76
A. Détermination d'une différence de traitement.....	77
B. Appréciation du caractère plus favorable	78
Conclusion	79
CHAPITRE SECOND.	
LA RÉDUCTION DU DOMAINE D'ACTION DE LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE	81
Section I. La disparition de la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions diplomatiques et consulaires	81
§1. <i>Importance des clauses de la nation la plus favorisée dans les conventions consulaires jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle</i>	82
§2. <i>Disparition de la clause de la nation la plus favorisée des conventions consulaires bilatérales</i>	84

TABLE DES MATIÈRES

§3. Absence de la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales.....	86
Section II. Le rejet de la clause de la nation la plus favorisée en matière de condition des étrangers	87
§1. Le rejet des clauses de la nation la plus favorisée dans la pratique conventionnelle	88
I. Origine de la protection des étrangers dans les traités de commerce	88
II. La pratique de la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions d'établissement	90
§2. Le rejet dans la jurisprudence et la doctrine.....	94
I. Les interprétations restrictives de la jurisprudence	95
II. Les réticences de la doctrine.....	96
§3. Un choix en faveur de la réciprocité et de la discrimination.....	99
Section III. Les hésitations quant au recours à la clause dans les conventions fiscales internationales	100
§1. Le rôle limité des clauses de la nation la plus favorisée en matière fiscale	101
I. Traitement de la matière fiscale dans les traités non fiscaux	101
A. Dispositions relatives à la matière fiscale dans les traités non fiscaux	101
B. Extension au domaine fiscal des clauses de la nation la plus favorisée ne visant pas expressément le domaine fiscal	103
II. Rareté et spécificité des clauses de la nation la plus favorisée dans les conventions fiscales bilatérales	104
§2. Le rôle des clauses de non-discrimination	107
I. Portée de la clause de non-discrimination dans les conventions fiscales bilatérales.....	108
II. Portée du principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne.....	108
Conclusion	113

**TITRE SECOND.
CONCILIATION ENTRE**

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET RÉCIPROCITÉ

CHAPITRE PREMIER.

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
DANS UN CADRE JURIDIQUE COMPLEXE :
L'EXEMPLE DE L'OMC

117

Section I. La multilatéralisation de clauses inconditionnelles de la nation la plus favorisée grâce au maintien de l'exclusivité de certaines préférences

118

§1. La nécessité de la clause multilatérale inconditionnelle.....

118

I. Les leçons de la période de l'entre-deux-guerres.....

119

 A. La défaillance du cadre exclusivement bilatéral des relations commerciales....

119

 B. Les travaux menés au sein la Société des Nations.....

120

II. La conclusion de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

121

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

A. Les négociations de la Charte de La Havane.....	121
B. Les premières négociations commerciales multilatérales.....	122
§2. <i>La nécessité du maintien de préférences exclusives</i>	123
I. Le maintien de l'exclusivité de certaines préférences dans l'article premier du GATT.....	123
II. La possibilité d'exemptions dans l'article II de l'AGCS.....	125
III. Les exemptions dans l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC.....	129
Section II. La sauvegarde d'un équilibre global des droits et des obligations.....	131
§1. <i>La réalisation d'un équilibre global</i>	131
I. La multilatéralisation des négociations commerciales.....	132
A. La mutualisation des avantages par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée.....	133
B. La globalisation de l'équilibre réciproque des concessions.....	138
II. La stabilisation de l'équilibre des concessions.....	141
A. L'établissement des listes.....	141
1. Les listes de concessions concernant les marchandises.....	142
2. Les listes d'engagements spécifiques et d'exemptions concernant les services.....	144
B. La consolidation des concessions et engagements.....	147
III. Caractéristiques de l'équilibre global des accords de l'OMC.....	148
§2. <i>Le maintien de l'équilibre global</i>	149
I. La modification des concessions.....	150
A. Renégociations et compensations.....	150
1. La modification des listes.....	150
2. Les négociations consécutives à la création d'un regroupement économique régional.....	151
B. La sauvegarde des droits des Membres intéressés.....	152
II. L'accession d'un nouveau Membre.....	153
III. Le non-respect des engagements.....	155
A. Les augmentations unilatérales de droits de douane autorisées par le GATT.....	155
1. Les augmentations après compensations.....	155
2. Les augmentations après consultations.....	156
a. Protection de la balance des paiements.....	156
b. Dérogations.....	156
B. L'intervention de l'ORD.....	157
1. L'atteinte à l'équilibre global en cas d'annulation ou de réduction des avantages.....	157
2. Le rétablissement de l'équilibre des droits et des obligations.....	160
Conclusion.....	164

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE SECOND.

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE DANS UN CADRE JURIDIQUE DÉSÉQUILIBRÉ : L'EXEMPLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	167
Section I. Unanimité en faveur de la clause bilatérale inconditionnelle de la nation la plus favorisée.....	169
§1. <i>Association du traitement national</i>	169
I. Cumul du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.....	170
II. Intérêt du traitement de la nation la plus favorisée en plus du traitement national	170
§2. <i>Application à la phase postérieure à l'admission</i>	172
I. Clauses applicables au « traitement » de l'investissement.....	172
II. Opposition des TBI américains et européens.....	175
A. TBI européens	175
B. TBI américains	176
Section II. Difficultés de la clause multilatérale de la nation la plus favorisée..	177
§1. <i>Condamnation des traitements discriminatoires</i>	178
§2. <i>Clauses multilatérales de la nation la plus favorisée</i>	180
I. Succès de la clause de la nation la plus favorisée dans les cadres régionaux restreints.....	180
II. Echec des textes multilatéraux à vocation universelle.....	183
A. Le déséquilibre normatif	183
B. La libéralisation de l'investissement	185
C. Le phénomène de <i>free-ride</i>	186
Conclusion	187
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	189

SECONDE PARTIE.

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET ÉGALITÉ

TITRE PREMIER.

UNE CLAUSE DE NON-DISCRIMINATION ABSOLUE

CHAPITRE PREMIER. LA SIMILARITÉ	195
Section I. La similarité déterminée du point de vue du rapport de concurrence....	196
§1. <i>Détermination des critères de similarité</i>	197
I. Reconstitution de l'accordéon de la similarité	198
A. Le degré de similarité des produits au sens des clauses autorisant des mesures de défense commerciale.....	199
1. Le produit quasi-identique dans le régime des droits anti-dumping et compensateurs	199

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

2. L'élargissement aux produits directement concurrents dans le régime des sauvegardes	200
B. Le degré d'étroitesse des produits similaires au sens des clauses de non-discrimination	200
1. Position de la clause de traitement national sur l'accordéon de la similarité	201
a. Interprétation de l'article III :2.....	202
b. Portée de l'article III :4.....	202
2. Position de la clause de la nation la plus favorisée sur l'accordéon de la similarité	205
II. Constance des critères de la similarité des produits.....	207
A. Les principaux critères de similarité des produits	207
B. Variabilité de leur poids respectif selon la position sur l'accordéon de la similarité.....	210
C. Identité du point de vue comparatif	212
§2. <i>Evaluation des critères de similarité</i>	214
I. Objectivité des critères de similarité	214
A. Classification douanière	214
B. Utilisations finales des produits et goûts et habitudes des consommateurs	216
II. Rejet des considérations relatives au but et à l'effet	217
A. La théorie des buts et effets.....	217
B. Le rejet de la théorie des buts et effets	219
Section II. La similarité déterminée du point de vue de la légitimité de la différence de traitement.....	221
§1. <i>Identification des investisseurs comparables</i>	223
I. Le secteur d'activité comme critère de similarité	223
II. Etroitesse de la similarité.....	224
III. Pertinence d'autres critères	226
§2. <i>Prise en compte des motifs de différenciation</i>	227
I. La poursuite d'objectifs légitimes comme critère de similarité.....	227
A. Les sentences fondées sur l'ALENA.....	228
B. Le contentieux hors ALENA.....	230
II. La condition de similarité pour justifier la différence de traitement.....	232
A. Un détournement de la condition de similarité.....	234
B. La condition de similarité opérant comme une exception générale.....	236
Conclusion	239
CHAPITRE SECOND.	
LE TRAITEMENT NON MOINS FAVORABLE	241
Section I. L'inconditionnalité	242
Section II. Le traitement favorable	246
§1. <i>L'avantage au sens de l'article premier du GATT</i>	247
§2. <i>Le traitement favorable au sens de l'article II de l'AGCS</i>	251

TABLE DES MATIÈRES

§3. <i>Le traitement favorable en droit des investissements</i>	252
Section III. <i>Le traitement plus favorable</i>	254
§1. <i>La comparaison des traitements</i>	254
I. <i>Opposition de deux méthodes de comparaison</i>	255
II. <i>Indétermination de la jurisprudence</i>	256
A. <i>Les décisions arbitrales relatives à des investissements étrangers</i>	256
B. <i>La jurisprudence de l'ORD</i>	257
1. <i>Comparaison d'individualités</i>	257
2. <i>Comparaison de groupes</i>	258
III. <i>Application d'une méthode fondée sur l'identification de l'origine des plus favorisés</i>	258
§2. <i>Les éléments non constitutifs de la discrimination</i>	261
I. <i>L'intention discriminatoire</i>	261
A. <i>Position de l'ORD</i>	262
B. <i>Positions des tribunaux arbitraux saisis sur le fondement d'API</i>	263
II. <i>L'effet discriminatoire</i>	264
A. <i>Les effets sur le commerce</i>	265
B. <i>Les effets sur le bénéficiaire du traitement de la nation la plus favorisée</i>	266
§3. <i>L'existence d'un traitement moins favorable selon l'origine, seul élément constitutif de la discrimination</i>	267
I. <i>Le droit au moindre traitement plus favorable</i>	267
II. <i>Présomption du caractère protecteur de tout traitement plus favorable</i>	270
III. <i>Distinction entre les discriminations directes et indirectes</i>	273
A. <i>Application par l'ORD d'une méthode identique</i>	273
B. <i>L'inversion possible du raisonnement</i>	274
Conclusion	276
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	279

TITRE SECOND.
UN CHAMP D'ACTION LIMITÉ

Section préliminaire. <i>Etendue des exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée</i>	281
§1. <i>Nature coutumière des exceptions</i>	282
I. <i>Etat de la question au moment des travaux de la CDI</i>	282
II. <i>Etat actuel de la question</i>	283
§2. <i>Teneur des exceptions conventionnelles</i>	285
I. <i>Les exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée dans les accords OMC</i>	285
A. <i>Les pays en développement</i>	286
B. <i>Les accords commerciaux régionaux</i>	288
C. <i>Les exceptions générales</i>	289
D. <i>Autres exceptions</i>	290

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

II. Les exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée des accords de protection des investissements.....	291
§3. <i>La possibilité supplémentaire offerte par les dérogations.....</i>	291
CHAPITRE PREMIER.	
LES LIMITES RÉSULTANT DES EXCEPTIONS À LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE : ÉTUDE DES PROBLÈMES POSÉS PAR LES ACCORDS COMMERCIAUX RÉGIONAUX.....	301
Section I. L'octroi de préférences dans le cadre d'ACR.....	303
§1. <i>Les principaux ACR conclus en Europe.....</i>	304
§2. <i>Les principaux ACR conclus en Amérique.....</i>	307
§3. <i>Les principaux ACR conclus en Asie.....</i>	309
§4. <i>Les principaux ACR conclus en Afrique.....</i>	310
Section II. Rôle des clauses régionales de la nation la plus favorisée.....	312
§1. <i>Clauses internes de la nation la plus favorisée.....</i>	313
I. Absence de clauses générales de la nation la plus favorisée dans les accords de libre-échange.....	313
II. Clauses spécifiques de la nation la plus favorisée.....	314
III. Nécessité de clauses internes de la nation la plus favorisée applicables pendant la période de transition.....	314
§2. <i>Clauses externes de la nation la plus favorisée.....</i>	315
I. Clauses d'exclusivité des préférences accordées aux tiers.....	317
II. Clauses de renégociation des accords.....	320
III. Clauses de l'Etat partie à un ACR le plus favorisé.....	321
Section III. Rôle des clauses multilatérales de la nation la plus favorisée.....	324
§1. <i>Incertitude sur le respect des clauses multilatérales de la nation la plus favorisée....</i>	324
I. Position des comités spécialisés de l'OMC.....	325
A. La transparence.....	325
B. La conformité.....	326
1. Les procédures d'examen.....	327
2. Le résultat des procédures d'examen.....	328
II. Position des groupes spéciaux.....	329
A. La reconnaissance de la compétence des groupes spéciaux.....	330
B. Le manque d'occasion de prendre position.....	331
§2. <i>Le traitement multilatéral de la nation la plus favorisée comme traitement le moins favorable.....</i>	332
I. Disparition des traitements moins favorables que le traitement de la nation la plus favorisée.....	333
II. Généralisation des traitements plus favorables que le traitement de la nation la plus favorisée.....	334
III. Réduction de l'écart entre le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement préférentiel.....	334
Conclusion.....	335

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE SECOND.

LES LIMITES RÉSULTANT DE LA CLAUSE DE LA NATION

LA PLUS FAVORISÉE : ÉTUDE DES PROBLÈMES POSÉS

PAR LES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT 337

Section I. Les limites résultant du jeu des clauses de la nation la plus favorisée.....	339
§1. <i>Applicabilité des dispositions relatives à la forme des engagements</i>	343
I. Le régime juridique du traité.....	343
II. Les définitions des termes du traité	345
§2. <i>Applicabilité des dispositions relatives à la substance des engagements</i>	346
I. Les engagements relatifs à l'admission des investissements.....	346
A. Les clauses de la nation la plus favorisée expressément applicables dès la phase d'admission.....	346
B. Les clauses de la nation la plus favorisée non expressément applicables à l'admission.....	347
II. Les engagements relatifs au traitement de l'investissement	348
A. Les dispositions issues de TBI	348
1. Les normes de traitement et de protection.....	348
2. Les exceptions.....	350
B. Les dispositions issues d'autres traités	351
1. Le contexte du problème : un enjeu essentiellement procédural	352
2. Interprétation de la règle <i>ejusdem generis</i>	353
§3. <i>Applicabilité des dispositions relatives au règlement des différends</i>	355
I. L'appartenance des droits procéduraux au traitement des investisseurs étrangers.....	357
A. L'accès aux tribunaux nationaux, un élément du traitement des étrangers.....	357
1. Clauses de la nation la plus favorisée expressément applicables à l'accès à la justice	358
2. Débat relatif à la condition <i>ejusdem generis</i>	359
B. L'accès aux tribunaux arbitraux internationaux, un élément du traitement des investisseurs étrangers	360
1. Apport des décisions rendues par des tribunaux internationaux autres que les tribunaux arbitraux établis sur le fondement de TBI	361
2. Position des tribunaux arbitraux internationaux établis sur le fondement de TBI	365
II. L'appartenance des dispositions relatives au règlement des différends au traitement de la nation la plus favorisée	367
A. Interprétation des termes des clauses de la nation la plus favorisée	367
1. Le traitement accordé aux investissements uniquement.....	368
2. Le traitement accordé sur le territoire	369
3. Le traitement accordé en ce qui concerne des activités déterminées.....	370
4. Le traitement accordé en ce qui concerne les domaines couverts par le traité.....	371
B. Caractère plus ou moins favorable des clauses de règlement des différends	373
1. L'offre d'arbitrage	374
2. Les conditions de l'offre d'arbitrage	375
a. Les catégories de différends.....	376

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

b. La désignation du tribunal arbitral	377
c. La procédure arbitrale	378
3. Intégrité du traitement plus favorable	380
a. Intégrité du traitement procédural	381
b. Application du traitement plus favorable dans son intégrité	383
c. Evaluation du traitement plus favorable dans son intégrité	384
Section II. Les limites résultant de l'interprétation de la volonté des Etats parties	386
§1. La prise en compte des effets de la clause de la nation la plus favorisée	387
I. Les limites posées par les tribunaux arbitraux	387
A. La primauté de certains choix procéduraux importants	387
B. La primauté de l'intention expresse	389
1. La clause de la nation la plus favorisée comme clause compromissoire par référence	389
2. L'effet utile des dispositions procédurales du traité de base	391
3. L'absence de réciprocité résultant du jeu de la clause de la nation la plus favorisée	393
C. La primauté du principe du consentement à l'arbitrage	393
1. Le refus de fonder le consentement à l'arbitrage sur la clause de la nation la plus favorisée	393
2. Les risques encourus pour l'arbitrage transnational	395
II. La construction d'une volonté hypothétique des Etats	397
A. L'indétermination de l'intention réelle des Etats parties	397
B. L'interprétation par inférence raisonnable	399
§2. La prise en compte de l'intention positive des Etats parties à une clause de la nation la plus favorisée	402
I. Accorder à tout instant le statut du plus privilégié	403
II. Bénéficiaire des avancées conventionnelles	404
III. Modifier automatiquement le traité de base	404
Conclusion	406
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	409

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES	417
INDEX DE JURISPRUDENCE	445
INDEX THÉMATIQUE	467
BIBLIOGRAPHIE	475
TABLE DES MATIÈRES	497

Extrait de l'ouvrage :
La clause de la nation la plus favorisée
de Claire Crépet Daigremont

EAN : 978-2-233-00774-2
éditions A.Pedone 2015

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

tel : + 33 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

Extrait de l'ouvrage :
La clause de la nation la plus favorisée
de Claire Crépet Daigremont

EAN : 978-2-233-00774-2
éditions A.Pedone 2015

Achévé d'imprimer par Corlet Numérique - 14110 Condé-sur-Noireau
N° d'Imprimeur : 121891 - Dépôt légal : septembre 2015 - *Imprimé en France*

**Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone**

13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 33 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info