

Publication de la Revue Générale de Droit International Public
Nouvelle Série - N° 60

Claire CREPET DAIGREMONT

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

Préface

Charles LEBEN

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Prix Suzanne BASTID de la Société française pour le droit international

Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot

2015

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 favorisé 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

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 arbitraux. 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.

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)

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 FAVORISÉE	45
--	----

Section I. La clause de la nation la plus favorisée comme source de droits gratuits	45
§1. <i>L'Etat concédant, seul débiteur de l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée</i>	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

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

II. Une obligation sans contrepartie certaine.....	49
<i>§2. L'Etat bénéficiaire, débiteur d'une obligation corrélative :</i>	
<i>les clauses conditionnelles de la nation la plus favorisée</i>	
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
<i>§1. Variété des droits applicables</i>	
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
<i>§2. Conditions d'applicabilité des droits</i>	
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
<i>§1. Importance des clauses de la nation la plus favorisée dans les conventions consulaires jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle.....</i>	
	82
<i>§2. 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. Le traitement plus favorable	254
§1. <i>La comparaison des traitements</i>	254
I. Opposition de deux méthodes de comparaison	255
II. Indétermination de la jurisprudence	256
A. Les décisions arbitrales relatives à des investissements étrangers.....	256
B. La jurisprudence de l'ORD	257
1. Comparaison d'individualités	257
2. Comparaison de groupes.....	258
III. Application d'une méthode fondée sur l'identification de l'origine des plus favorisés.....	258
§2. <i>Les éléments non constitutifs de la discrimination</i>	261
I. L'intention discriminatoire	261
A. Position de l'ORD	262
B. Positions des tribunaux arbitraux saisis sur le fondement d'API.....	263
II. L'effet discriminatoire.....	264
A. Les effets sur le commerce.....	265
B. Les effets sur le bénéficiaire du traitement de la nation la plus favorisée.....	266
§3. <i>L'existence d'un traitement moins favorable selon l'origine, seul élément constitutif de la discrimination</i>	267
I. Le droit au moindre traitement plus favorable.....	267
II. Présomption du caractère protecteur de tout traitement plus favorable	270
III. Distinction entre les discriminations directes et indirectes.....	273
A. Application par l'ORD d'une méthode identique.....	273
B. L'inversion possible du raisonnement	274
Conclusion	276
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	279

TITRE SECOND.

UN CHAMP D'ACTION LIMITÉ

Section préliminaire. Etendue des exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée	281
§1. <i>Nature coutumière des exceptions</i>	282
I. Etat de la question au moment des travaux de la CDI.....	282
II. Etat actuel de la question.....	283
§2. <i>Teneur des exceptions conventionnelles</i>	285
I. Les exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée dans les accords OMC	285
A. Les pays en développement.....	286
B. Les accords commerciaux régionaux.....	288
C. Les exceptions générales	289
D. Autres exceptions	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. *Applicabilité des dispositions relatives à la forme des engagements* 343

I. Le régime juridique du traité..... 343

II. Les définitions des termes du traité 345

§2. *Applicabilité des dispositions relatives à la substance des engagements*..... 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 *ejusdem generis*..... 353

§3. *Applicabilité des dispositions relatives au règlement des différends*..... 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 *ejusdem generis* 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. <i>La prise en compte des effets de la clause de la nation la plus favorisée</i>	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. <i>La prise en compte de l'intention positive des Etats parties à une clause de la nation la plus favorisée</i>	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

Technique ancienne du droit des traités, la clause de la nation la plus favorisée connaît une vigueur renouvelée du fait de l'évolution considérable des relations économiques internationales depuis les années 1970. Disposition fondamentale du GATT et des accords OMC, longtemps conclue en matière diplomatique et consulaire et dans le domaine de la condition des étrangers, elle est aussi présente dans les traités de promotion et de protection des investissements étrangers et s'applique parfois en matière fiscale. Issu d'une thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas sous la direction de Charles Leben, le présent ouvrage étudie la clause de la nation la plus favorisée dans tous ses domaines d'application pour tenter de dégager la signification juridique d'une telle clause de non-discrimination qui ne cesse de susciter débats et controverses depuis la fin du XIX^{ème} siècle au moins. L'analyse de ses rapports avec les principes de réciprocité et d'égalité permet notamment d'éclairer les problèmes actuels liés principalement à la délimitation du champ d'action de la clause : d'une part la prolifération des accords commerciaux régionaux, d'autre part la portée procédurale dont elle est dotée en matière de règlement arbitral des différends relatifs à des investissements étrangers, semblent mettre en cause son autorité. Une clause de la nation la plus favorisée ne permet toutefois pas d'éliminer toutes les différences de traitement. Une telle clause permet à ses bénéficiaires de jouir des privilèges accordés dans les mêmes circonstances à des États déterminés dans un domaine convenu de relations.