



Assemblée générale

Distr. limitée
16 juillet 2013
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Soixante-cinquième session

Genève, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013

Rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée

1. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. Donald McRae. En l'absence de celui-ci, M. Mathias Forteau a assumé la présidence.

1. Travaux du Groupe d'étude

2. Le Groupe d'étude a tenu [3] séances, le 23 mai et les 10 et 15 juillet 2013.

3. Il convient de rappeler que l'objectif général des travaux du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance d'une cohérence accrue dans les décisions d'arbitrage en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les dispositions NPF. Le Groupe d'étude continue de penser qu'il peut contribuer à accroître la sécurité et la stabilité du droit des investissements. Les résultats de ses travaux devraient être d'utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements. Il n'entend pas élaborer des projets d'articles ni réviser le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978.

4. Depuis 2010, pour tenter d'éclairer davantage les problèmes que pose de nos jours la clause de la nation la plus favorisée, le Groupe d'étude a élaboré et examiné plusieurs documents de travail. Il s'est notamment penché sur: a) la typologie des dispositions NPF existantes, ce qui constitue un travail d'étude continu; b) le projet d'articles de 1978 de la Commission et les domaines dans lesquels il reste pertinent; c) les différents aspects de l'évolution passée et en cours de la clause NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC; d) les autres faits nouveaux qui se sont produits dans le cadre de l'OCDE et de la CNUCED; e) les problèmes contemporains liés au champ d'application de la clause NPF, comme ceux qui ont été soulevés dans l'affaire *Maffezini*; f) l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement dans la sentence *Maffezini* et les affaires postérieures; et g) l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales¹.

¹ Catalogue de dispositions NPF (D. M. McRae et A. R. Perera); Le projet d'articles de 1978 de la Commission du droit international (S. Murase) (document révisé en 2013); Les clauses NPF

5. Le Groupe d'étude a aussi entrepris une étude en vue de recenser les arbitres et les conseils intervenant dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, et d'identifier également les catégories de dispositions NPF interprétées dans ce contexte. En outre, afin de cerner plus précisément le contenu normatif des clauses NPF dans le domaine des investissements, il a examiné un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient présentées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause est applicable. Le Groupe d'étude a aussi examiné un document de travail informel qui donnait un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur «La clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition» rendent compte de travaux toujours en cours.

6. Le Groupe d'étude avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national, et d'examiner également les accords d'intégration économique régionale et les accords de libre-échange afin de voir si l'application qui y est faite des clauses NPF pouvait aider le Groupe d'étude dans ses travaux. L'attention a été par ailleurs appelée sur la nécessité d'envisager les relations entre traités bilatéraux et multilatéraux et la manière dont la clause NPF joue dans un environnement qui s'est diversifié et complexifié depuis l'adoption par la Commission du projet d'articles de 1978 sur la clause NPF, ainsi que la question de la réciprocité dans l'application des clauses NPF, en particulier dans les accords entre pays développés et pays en développement.

7. De l'avis général, l'objectif serait d'élaborer un rapport général comportant une analyse systématique des diverses questions considérées comme pertinentes. Il a été envisagé que le rapport final expose le contexte général des travaux dans le cadre plus vaste du droit international général, en tenant compte des évolutions qui avaient notamment suivi l'adoption du projet d'articles de 1978. Le Groupe d'étude s'efforcerait donc dans son rapport d'aborder les problèmes contemporains relatifs aux clauses NPF, en analysant à cet égard des questions comme la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain, les travaux relatifs aux clauses NPF effectués par d'autres organes, et les différentes approches adoptées pour l'interprétation des clauses NPF. Le rapport final du Groupe d'étude pourrait traiter d'une manière générale la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement en ce qui concerne le règlement des différends, en analysant les différents facteurs qui intéressent ce processus et en présentant, s'il y a lieu, des directives et des exemples de clauses types pour la négociation de clauses NPF, fondées sur la pratique des États.

au GATT et à l'OMC (D. M. McRae); Les travaux de l'OCDE sur le traitement NPF (M. Hmoud); Les travaux de la CNUCED sur le traitement NPF (S. C. Vasciannie); Le problème *Maffezini* dans le cadre des traités d'investissement (A. R. Perera); Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement (D. M. McRae); Interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage traitant des affaires d'investissements (D. M. McRae); Effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissement sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau).

2. Débats du Groupe d'étude à la présente session

8. Le Groupe d'étude était saisi d'un document de travail établi par M. S. Murase portant sur le caractère juridique de l'arbitrage mixte en matière d'investissements et intitulé «A BIT on Mixed Tribunals: Legal Character of Investment Dispute Settlements». Le Groupe d'étude a également poursuivi l'examen de la pratique et de la jurisprudence contemporaines intéressant l'interprétation des clauses NPF. Il était saisi à cette fin de sentences récentes et d'opinions dissidentes et individuelles² portant sur les questions examinées par le Groupe d'étude.

9. Le document de travail de M. Murase traitait un aspect déjà examiné par le Groupe d'étude en 2012 à propos du document de travail établi par M. Forteau sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, qui avait pour objet d'expliquer à quoi tient la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements, d'examiner les particularités de l'application de la clause NPF lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre d'un arbitrage mixte, d'étudier l'incidence d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, de faire observer que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas de même nature, et de rappeler que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte. En conséquence, l'arbitrage mixte se situait entre le plan national et le plan international et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public en ayant une nature à la fois privée et publique. Le document de travail de M. Murase visait à replacer dans une perspective historique le développement du droit dans ce domaine. Il y était rappelé que le processus d'«internationalisation» des «accords de concession» conclus entre un investisseur privé et l'État hôte était apparu au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Ces accords étaient considérés comme des «contrats de droit privé» ou des «contrats de droit public (ou administratif)» régis par le droit interne de l'État d'origine de l'investisseur ou de l'État d'accueil. Après la Seconde Guerre mondiale, l'exclusion du droit interne et de la juridiction interne a tendu à caractériser de tels accords, ce qui a conduit la doctrine à considérer que ces accords étaient régis par «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» plutôt que par le droit interne de l'un ou l'autre État et qu'ils constituaient des «accords de développement économique» qui ne relevaient ni du droit interne ni du droit international mais étaient régis par la *lex contractus*, même si cette qualification était rejetée par la jurisprudence³. Il a été affirmé que ces contrats de concession ou accords de développement économique avaient un caractère précurseur, ouvrant la voie à la conclusion de nombreux accords bilatéraux d'investissement, qui sont des accords interétatiques dont les règles de fond relèvent du droit international. Sur le plan de la procédure cependant, il a été soutenu que quel que soit le degré de ressemblance entre

² *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/05/1 envoyée aux parties le 22 août 2012 et opinion dissidente de Charles N. Brower et opinion individuelle de Domingo Bello Janeiro, et *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, affaire CIRDI n° ARB/10/1 envoyée aux parties le 2 juillet 2013 et opinion individuelle de William W. Park.

³ La Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ recueil 1952*, p. 112, a ainsi affirmé: «La Cour ne saurait admettre l'opinion suivant laquelle le contrat signé entre le Gouvernement de l'Iran et l'Anglo-Persian Oil Company aurait un caractère double. Ce contrat n'est rien de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère.».

tribunaux mixtes et mécanismes interétatiques, le Groupe d'étude devait se montrer prudent et distinguer l'arbitrage mixte du règlement des différends, par exemple, dans le cadre de l'OMC.

10. S'agissant des sentences *Daimler* et *Kılıç* soumises à l'examen du Groupe d'étude, celui-ci a noté qu'elles traitaient de questions comparables à celles posées dans l'affaire *Maffezini* et que leurs différents éléments pouvaient intéresser ses travaux puisqu'en 2012, le Groupe d'étude s'était intéressé aux différents facteurs que les tribunaux prennent en considération pour l'interprétation des clauses NPF. Le Groupe d'étude a notamment estimé que les approches suivies par les tribunaux arbitraux dans leur interprétation de la clause NPF et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités à cette fin présentaient un intérêt particulier. Les sentences mettaient en évidence plusieurs aspects importants de l'interprétation des traités, comme le sens à attribuer aux termes du traité et à son contexte, y compris la pratique conventionnelle des États concernés, l'objet et le but du traité, ainsi que la notion de consentement et le principe de contemporanéité. Le Groupe d'étude a également pris note du fait que dans l'affaire *Daimler*, le tribunal arbitral s'était interrogé sur le caractère «plus» ou «moins» favorable des différentes procédures de règlement des différends à la disposition des parties en vertu d'un traité. Le Groupe d'étude a en outre considéré que l'examen de la jurisprudence pertinente dans la sentence *Kılıç* pourrait être utile pour l'élaboration de son rapport final.

11. Il était prévu qu'à la présente session, le Groupe d'étude entreprendrait l'examen du projet de rapport final qui devait être élaboré par le Président, compte tenu des différents documents de travail qui avaient été présentés au Groupe. En l'absence du Président, le Groupe a néanmoins poursuivi son échange de vues sur les grandes lignes de son rapport final, en constatant une fois de plus que si ses travaux étaient axés sur le domaine des investissements, il serait cependant préférable de replacer les questions à l'examen dans un cadre normatif plus large, à savoir le droit international général et les précédents travaux de la Commission. Les questions qui seraient traitées dans le rapport seraient notamment les suivantes: l'origine et le but des travaux du Groupe d'étude; le projet d'articles de 1978 et sa pertinence; l'évolution depuis 1978, la pertinence à l'époque contemporaine des dispositions NPF, y compris du projet d'articles de 1978; l'examen des dispositions NPF au sein d'autres organismes comme la CNUCED et l'OCDE; des considérations contextualisées, comme le phénomène des arbitrages mixtes tel qu'envisagé par exemple, dans le document de travail de M. Murase; et les approches opposées suivies pour l'interprétation des clauses NPF dans la jurisprudence.

12. En examinant plus avant la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement, en prenant comme point de départ la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Groupe d'étude a évoqué la possibilité d'élaborer des directives et des clauses types pour le rapport final. Il a néanmoins noté les risques que présenterait un résultat exagérément prescriptif et estimé qu'il serait peut-être plus utile de dresser un catalogue des exemples qui se sont présentés dans la pratique relative aux traités, en appelant l'attention des États sur l'interprétation donnée par différentes sentences de diverses dispositions. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national. Tous ces aspects continueront d'être suivis par le Groupe d'étude au cours de ses travaux. Le Groupe d'étude était toutefois conscient de la nécessité de ne pas élargir excessivement la portée de ses travaux.