



La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - février 2017



© 2017 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

l'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable est une organisation indépendante à but non lucratif qui fournit des solutions pratiques au défi de l'intégration des priorités environnementales et sociales avec le développement économique. Nous rendons compte de négociations internationales, réalisons des recherches rigoureuses et amenons les citoyens, les entreprises et les décideurs à s'engager envers l'objectif commun de développement durable.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), et de la province du Manitoba. Des fonds de projets lui sont accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, des entreprises privées et des particuliers.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news

La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - février 2017

Suzy H. Nikiéma



Table of Contents

1.0 Introduction	1
2.0 Définition et fondement de la clause NPF	2
3.0 La clause NPF dans les traités d'investissement	4
3.1 Typologie de les clauses NPF dans les TBI et chapitre d'investissement	4
3.2 Les exceptions à l'application de la clause NPF	6
3.3 Le champ d'application temporel de la clause NPF	7
3.3.1 L'approche majoritaire : Le traitement NPF post-établissement.....	7
3.3.2 L'approche minoritaire croissante : La clause NPF dès la phase pré-établissement.....	7
4.0 L'interprétation de la clause NPF par les tribunaux d'investissement	11
4.1 Que faut-il entendre par « traitement » ?	11
4.2 L'importation de règles substantielles de protection d'un traité tiers.....	11
4.2.1 Remplacer une disposition par une autre moins restrictive ?	11
4.2.2 Importer une disposition inexistante ?	12
4.2.3 Supprimer une disposition existante ?	13
4.2.4 Étendre le champ d'application du traité ?	13
4.3 L'importation de règles procédurales de protection d'un traité tiers.....	14
4.3.1 Contourner les règles d'admissibilité.....	14
4.3.2 Les positions favorables	14
4.3.3 Les positions non favorables.....	17
4.3.4 Étendre le mandat du tribunal arbitral	18
4.4 L'importation sélective de dispositions de traités tiers	19
4.5 La notion de « circonstances/situations similaires »	20
4.6 Le caractère « non moins favorable » du traitement.....	21
5.0 Enjeux systématiques de la clause NPF pour la négociation des traités d'investissement	23
6.0 La réponse des états : limiter la portée de la clause NPF	25
6.1 L'exclusion des dispositions procédurales des autres accords.....	25
6.2 L'exclusion de tout le contenu des traités passés.....	25
6.3 La non-inclusion d'une clause sur le traitement NPF	27
7.0 Conclusion et recommandations	28
7.1 Recommandations d'ordre général	28
7.2 Recommandations spécifiques.....	28



1.0 Introduction

La nation la plus favorisée (NPF) est aujourd'hui une clause à la fois commune et controversée des traités d'investissement. Elle a fait l'objet d'interprétations divergentes et inattendues par les tribunaux arbitraux statuant sur le fondement de ces traités.

Au départ, l'application de la clause NPF dans les traités d'investissement ne suscitait pas de grands débats. C'est surtout à partir de 2000, avec l'affaire *Maffezini c. Espagne*,¹ qu'une interprétation originale de la clause NPF va créer un séisme dans le droit international des investissements : la possibilité offerte aux investisseurs protégés par un traité bilatéral d'investissement (TBI) d'importer des dispositions plus favorables d'un TBI tiers conclu par leur état d'accueil. La tendance va ensuite s'accélérer et susciter de nombreuses critiques. Ces critiques se cristallisent en un point essentiel : la latitude donnée aux investisseurs étrangers de réunir des éléments de divers traités conclus par l'État d'accueil et de se tailler un traité sur mesure en faisant fi du caractère bilatéral des engagements pris par deux états dans le contexte d'une négociation précise.

Les controverses autour de la clause NPF soulèvent des questions fondamentales dans le contexte des mutations actuelles du régime international des investissements et de l'arbitrage d'investissement. Elles commandent de s'interroger sur le contenu et la portée de cette clause afin de trouver des solutions qui instaurent un meilleur équilibre des droits et obligations en présence, sans compromettre les réformes actuelles vers un régime plus cohérent et vecteur de développement durable.

Après avoir examiné la définition et les fondements de la clause NPF (2^e partie), cette étude procèdera à une typologie dans les traités d'investissement (3^e partie) puis à l'analyse des interprétations divergentes par les tribunaux de plusieurs questions clés (4^e partie). Les enjeux de certaines interprétations de la clause NPF (5^e partie) ainsi que les réactions des états dans leurs récents traités (6^e partie) seront passés en revue afin que les états puissent en tirer des leçons (7^e partie).

¹ Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne, CIRDI, ARB/97/7, Décision sur la compétence, 25 Janvier 2000. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>



2.0 Définition et fondement de la clause NPF

Il n'est pas possible d'analyser les critiques à l'égard des interprétations actuelles de la clause NPF par certains tribunaux d'investissement sans avoir saisi les caractéristiques de cette clause.

L'insertion de la clause NPF dans les traités est une pratique très ancienne des États. Considérée aujourd'hui comme la pierre angulaire de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la NPF, de type inconditionnel,² y constitue un puissant levier de multilatéralisation des engagements des États membres.

Il convient de noter que la clause NPF fonctionne au sein de l'OMC dans un cadre multilatéral intégré où les États membres sont soumis en principe aux mêmes règles. Par ailleurs, la NPF fait l'objet de nombreuses dérogations à l'OMC, y compris au profit des pays en développement dans le cadre du traitement spécial et différencié. Par ailleurs, dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), chaque État membre de l'OMC accorde le traitement NPF pour chaque mesure affectant le commerce des services, à moins que cette mesure soit listée dans l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II.

La clause NPF constitue l'un des volets du principe de non-discrimination en droit international. En effet, la non-discrimination peut s'apprécier dans son volet interne, à travers le traitement accordé aux nationaux par rapport aux étrangers sur le territoire national (le traitement national). Elle peut également s'apprécier dans son volet externe à travers le traitement accordé aux étrangers de différentes nationalités entre eux (le traitement NPF) par l'État d'accueil.

Schématiquement,³ la clause NPF oblige un État signataire à étendre à l'autre partie bénéficiaire de la clause tout traitement le plus favorable qu'il aurait accordé à une tierce partie. Dans le cadre d'un TBI, l'État d'accueil doit donner aux investisseurs ou investissements de l'autre État signataire le même traitement plus favorable qu'il aurait accordé aux investisseurs et investissements d'un État tiers au TBI. Le traité dans lequel est insérée la clause NPF est alors appelé le « traité de base ».

Trois principales caractéristiques de la règle NPF méritent d'être relevées. En premier lieu, l'obligation d'accorder un traitement NPF est strictement conventionnelle et ne relève pas du droit international coutumier. De ce fait, un État n'est tenu d'accorder le traitement NPF que s'il a pris des engagements dans un traité et dans la limite de l'engagement pris dans ce dernier. Comme l'a clairement affirmé le projet d'articles sur la clause NPF de la Commission de droit international (CDI) en son article 7, le bénéfice du traitement NPF ne peut être revendiqué à un État « autrement que sur la base d'une obligation internationale par laquelle ce dernier s'est engagé ». ⁴ Le commentaire précise que

bien que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée soit fréquent dans les traités de commerce, il n'y a aucune preuve qu'il s'est transformé en une règle de droit international coutumier. [Traduction non officielle]

En second lieu, la clause NPF est une obligation relative. Contrairement à d'autres obligations des TBI, on ne peut définir a priori et dans l'absolu le contenu du traitement « non moins favorable » devant être accordé par l'État d'accueil. Tout dépendra de ce qui aura été accordé aux investisseurs d'autres nationalités et à leurs investissements par l'État d'accueil. En cela, on peut dire que l'État d'accueil ne peut accorder aux autres que ce qu'il a d'abord voulu accorder aux uns.

² La clause NPF est dite inconditionnelle à l'OMC, car il n'y a pas d'obligation de réciprocité pour bénéficier de ses fruits. En pratique, lorsqu'un avantage est accordé par un État membre, il doit être automatiquement étendu et sans conditions aux produits similaires des autres États membres de l'OMC.

³ Le traitement NPF est définie à l'article 4.a du Projet d'articles sur les clauses NPF de la Commission de Droit International (CDI) comme un « traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses dans une relation déterminée avec l'État concédant, non moins favorable que le traitement accordé par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses dans la même relation avec ce troisième État ». [Traduction non officielle]. V. Commentaires du Projet d'articles de la CDI sur la Clause de la Nation la plus Favorisée, adoptée par CDI lors de sa troisième session de 1978, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2), p. 18. Disponible, uniquement en anglais, sur http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf. Le texte a été reproduit dans *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part 2.

⁴ *Id.*, p. 25.



En troisième lieu, on ne peut comparer que ce qui relève de la même sphère de relation. Conformément à l'article 10.2 du projet d'articles sur les clauses NPF de la CDI, cette clause ne s'applique que si les personnes ou choses bénéficiaires de la clause NPF

(a) appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles dans une relation déterminée avec un état tiers qui bénéficie du traitement qui leur est accordé par l'état concédant et (b) ont la même relation avec l'état bénéficiaire que les personnes et les choses visées à l'alinéa (a) ont avec cet état tiers.
[Traduction non officielle]

La Commission arbitrale dans la célèbre affaire *Ambatielos* avait déjà ainsi estimé en 1953 que la clause NPF⁵ ne peut attirer que les matières appartenant à la même catégorie de sujet que celle à laquelle la clause se rapporte
[Traduction non officielle].

⁵ CIJ, *Ambatielos* (Fond) (Grèce c. Royaume Uni), jugement du 19 mai 1953, Recueil CIJ, 1953, p. 10.



3.0 La clause NPF dans les traités d'investissement

La clause NPF apparaissait déjà dans les « ancêtres » des traités d'investissement, à savoir les traités d'amitiés, de commerce et de navigation conclus dès le 18^e siècle. Également présente dans le premier TBI, signé en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, la clause NPF est aujourd'hui insérée dans la grande majorité des TBI et des chapitres d'investissement des Accords de libre-échange (ALE).

3.1 Typologie de les clauses NPF dans les TBI et chapitre d'investissement

Il existe de nombreuses variantes de la clause NPF dans les traités et chapitres d'investissement, mais il est possible de les classifier selon trois critères principaux. En premier lieu, on peut distinguer selon que la clause NPF est rédigée de manière autonome, est rattachée à la clause du traitement national, ou à une autre clause du TBI.

Dans le premier cas, on peut citer l'exemple de l'article 3.2 du TBI Chine-Bénin (2004)⁶ :

Aucune des Parties Contractantes ne soumettra les investissements et les activités liées aux investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante à un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements et aux activités connexes des investisseurs de tout état tiers. [Traduction non officielle]

Mais souvent, la clause NPF est combinée à l'obligation de traitement national dans les TBI, à l'exemple de l'article 3.2 du TBI Pays-Bas-Burkina Faso (2001) :

Chaque Partie Contractante accordera plus particulièrement à ces investissements un traitement qui ne sera en aucune manière moins favorable que celui **dont bénéficient les investissements effectués par ses propres ressortissants ou par les ressortissants de tout autre état tiers**, en tout cas le traitement qui soit le plus favorable au ressortissant concerné. [Accentuation ajoutée]

En second lieu, on peut distinguer selon que la clause NPF précise le type de « traitement » couvert ou pas. La majorité des TBI traditionnels ne précisent pas le champ d'application de la clause NPF, c'est-à-dire les catégories de mesures couvertes, à l'image des exemples cités précédemment. Toutefois, certains TBI sont plus précis et indiquent par exemple que

Aucune des Parties Contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants soumis ou les sociétés de l'autre Partie Contractante en ce qui concerne la gestion, **l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements**, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants et sociétés de tout état tiers.⁷ [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

D'autres TBI, au contraire, se réfèrent directement à l'ensemble des dispositions contenues dans les autres TBI.⁸ Ils précisent en effet que la clause NPF est applicable à toutes les dispositions contenues dans le TBI depuis les définitions au règlement des différends. De ce fait, ce type de TBI autorise explicitement l'importation de toutes les dispositions plus favorables d'autres TBI correspondantes à celles couvertes par la clause NPF. On notera que si plusieurs TBI du Royaume-Uni contiennent une telle précision, ce n'est pas le cas de tous ses TBI, y compris ceux conclus après 2000.⁹ Il s'agit d'une pratique très minoritaire dans l'univers des TBI, dont les implications juridiques sont très importantes, comme on le verra ci-dessous.

⁶ Tous les TBI et ALE cités dans cet article sont disponibles sur la base de données de la CNUCED (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>)

⁷ TBI Royaume-Uni-Bosnie-Herzégovine (2002), article 3.2. V. aussi Royaume-Uni-Égypte (1975), article 3.2 ; Argentine-Danemark (1992), article 3.3.

⁸ L'article 3.3 du TBI Royaume-Uni- Kyrgyzstan (1999) se lit comme suit : Pour éviter tout doute, il est confirmé que le traitement prévu aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus [la clause NPF] **est applicable aux dispositions des articles 1 à 11 du présent Accord**. [Traduction non officielle, accentuation ajoutée].

⁹ V. par exemple le TBI Royaume-Uni-Vietnam (2002), article 3.



L'article 4.2 du TBI Colombie-Suisse (2006) se réfère quant à lui uniquement au traitement juste et équitable (TJE):¹⁰

Chaque Partie accordera sur son territoire **un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie. Ce traitement** ne sera pas moins favorable que [...] celui accordé par chaque Partie aux investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de la nation la plus favorisée, si ce dernier traitement est plus favorable. [Accentuation ajoutée]

En dernier lieu, on peut distinguer selon que la clause NPF incorpore ou non un critère de comparaison entre les investisseurs étrangers. Ainsi, un nombre croissant de TBI précise que la comparaison se fera entre investisseurs ou investissements situés « dans des circonstances ou situations similaires/analogues » :

Chaque Partie Contractante accorde sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie Contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde dans **des circonstances similaires** aux investisseurs de tout pays tiers et à leurs investissements [...] en matière d'investissement et activités d'affaires.¹¹ [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

Chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et un investissement couvert, un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde dans des situations similaires, aux investisseurs d'un pays tiers et à leurs investissements [...] sur son territoire.¹² [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

Le terme « circonstance » est d'un usage plus fréquent dans les traités d'investissement par rapport à celui de « situation », et les implications juridiques d'un choix plutôt qu'un autre restent encore à déterminer.

D'autres traités vont plus loin et donnent des lignes directrices pour les tribunaux devant décider si l'on fait face à des circonstances similaires. C'est le cas de l'article 17.2 de l'Accord d'investissement de la zone d'investissement commune du COMESA¹³ (ZICC COMESA) :

Pour plus de certitude, les références aux « circonstances similaires » au paragraphe 1 du présent article nécessitent un examen d'ensemble au cas par cas de toutes les circonstances d'un investissement, y compris, entre autres :

- (a) ses effets sur les tiers et la communauté locale ;
- (b) ses effets sur l'environnement local, régional ou national, y compris les effets cumulatifs de tous les investissements sur l'environnement dans une juridiction ;
- (c) le secteur dans lequel l'investisseur opère ;
- (d) le but de la mesure concernée ;
- (e) le processus de réglementation généralement appliqué en ce qui concerne la mesure en cause ; et
- (f) d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur relativement à la mesure concernée ;

et l'examen ne doit pas être limité ou être orienté à un seul facteur. [Traduction non officielle]

Mais comme dans les exemples cités plus haut, la majorité des TBI ne se réfèrent pas aux « circonstances similaires » et ne prévoient donc pas de critère de comparaison entre les investissements. Il faut savoir qu'à l'OMC, la clause NPF ne s'applique qu'entre produits étrangers « similaires » (GATT) ou « fournisseurs similaires » de services (AGCS). La notion de similarité y est fondamentale et a fait l'objet d'une abondante jurisprudence par l'Organe d'appel, notamment dans le cadre du traitement national. Le silence de nombreux TBI sur ce point signifie-t-il que les tribunaux peuvent comparer n'importe quels investisseurs étrangers entre eux, et sinon, sur la base de quels critères ? Il est revenu aux tribunaux d'investissement de répondre à cette question.

¹⁰ V. aussi le TBI Espagne-Russie (1990), article 5.1-2.

¹¹ TBI Japon-République de Corée (2002), article 2.2.

¹² AECG/CETA (UE-Canada), 2016, article 8.7.1

¹³ Le COMESA est le Marché Commun de l'Afrique orientale et australe.



Quelques formulations atypiques peuvent être également signalées. Ainsi certains TBI accordent la clause NPF « sous réserve des lois et règlements » de l'état d'accueil¹⁴ ou « sous réserve des exceptions prévues par la loi et par les dispositions légales applicables ».¹⁵ Ce type de disposition indique qu'un état peut se réserver le droit d'avoir des règles discriminatoires dans son droit national, mais à la condition que les lois en questions soient elles-mêmes appliquées de manière non discriminatoire. Par ailleurs, bien que les clauses NPF protègent généralement les investisseurs et leurs investissements, certains TBI limitent le bénéfice du traitement NPF aux « investissements » sans l'étendre aux « investisseurs ».¹⁶

Enfin, quelle que soit la manière dont la clause NPF est rédigée, les traités d'investissement prévoient systématiquement des exceptions.

3.2 Les exceptions à l'application de la clause NPF

Traditionnellement, deux types d'exceptions spécifiques à la clause NPF sont systématiquement prévues dans les traités et chapitres d'investissement. Elles répondent d'abord, comme à l'OMC, à la nécessité de tenir compte de l'existence des zones d'intégration économique, qui sont par définition incompatibles avec la clause NPF. Elles couvrent ensuite les accords de non doubles impositions en matière fiscale.

Ce type d'exceptions est typiquement formulé comme suit :¹⁷

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie Contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un état tiers en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Le traitement accordé en vertu du présent article ne s'applique pas aux impôts et déductions et exonérations fiscales accordées par l'une des Parties Contractantes aux investisseurs d'un état tiers en vertu d'un accord de double imposition ou d'autres accords en matière fiscale.

Il ressort de ces exceptions que les investisseurs protégés par le traité ne peuvent pas utiliser la clause NPF pour revendiquer un traitement plus favorable qui aurait été accordé aux investisseurs de pays tiers par le pays d'accueil dans le cadre d'une zone d'intégration économique ou sur le fondement d'un accord de non double imposition.

Ces deux catégories d'exceptions reflètent, à l'époque de la conclusion des TBI, les types de risques envisagés par les états signataires en cas d'application sans limites de la clause NPF : la multilatéralisation accidentelle des préférences commerciales ou fiscales accordées aux membres privilégiés d'une zone d'intégration économique ou à des partenaires économiques stratégiques.

Certains TBI excluent spécifiquement certains secteurs de la portée de la clause NPF, à savoir « l'aviation, la pêche, les affaires maritimes, y compris le sauvetage ».¹⁸ D'autres TBI ajoutent des exceptions spécifiques telles que « toute disposition pour faciliter le petit commerce frontalier d'échelle dans la région frontalière »¹⁹ ou « toute question liée à l'acquisition de la propriété foncière ».²⁰ Il est donc tout à fait possible pour les pays signataires de prévoir des exceptions spécifiques qui répondent à leurs politiques nationales d'investissements.

Enfin, il est intéressant de noter l'insertion croissante dans les TBI et surtout les chapitres d'investissements d'une exception générale inspirée de l'exception générale de l'article XX du GATT (OMC). Ce type d'exception est *a priori* applicable à la clause NPF mais la portée de ces clauses et leur impact précis sur le champ d'application de la clause NPF et l'obligation de traitement national dépendent largement de la manière dont elles sont formulées. Il existe de nombreuses variantes.

¹⁴ TBI Chine-Lettonie (2006), article 3.

¹⁵ Accord de Coopération et de Facilitation des investissements Brésil-Malawi (2015), article 10.2

¹⁶ TBI Australie-Uruguay (2002), article 4.

¹⁷ TBI France-Libye (2004), article 4.

¹⁸ V. par exemple TBI Canada-Pérou (2008), annexe II de la liste du Canada.

¹⁹ Article 3.3.c du TBI Chine-Bénin (2004).

²⁰ TBI Japon-Kazakhstan (2014), article 4.2.a.



3.3 Le champ d'application temporel de la clause NPF

Il convient de distinguer ici selon que la clause NPF est limitée à la phase suivant l'établissement de l'investissement, ou s'il englobe également la phase qui précède son établissement.

3.3.1 L'approche majoritaire : Le traitement NPF post-établissement

Les TBI, dans leur majorité, octroient des droits aux investisseurs étrangers protégés une fois seulement qu'ils ont été admis sur le territoire national. La clause NPF qu'ils contiennent ne fait pas exception à cette règle.

Lorsque la clause NPF est limitée à la phase post-établissement, le pays hôte conserve la latitude de fixer des conditions d'entrée spécifiques aux investisseurs étrangers. La législation nationale peut ainsi prévoir des règles discriminatoires, notamment des limitations, en ce qui concerne l'entrée et l'admission des investissements étrangers ou certains d'entre eux sur le territoire national. Toutefois, une fois admis, les investissements étrangers ne peuvent plus faire l'objet de discrimination, quel que soit leur pays d'origine.

En pratique, les TBI qui limitent la clause NPF à la phase post-établissement prévoient déjà une clause sur l'admission des investissements généralement rédigée comme suit, à l'exemple de l'article 2 du TBI Belgique-Côte d'Ivoire (1999) :

Chacune des Parties Contractantes encouragera les investissements sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante et **admettra lesdits investissements en conformité avec sa législation**. [Accentuation ajoutée]

L'admission ne se fait donc pas conformément aux dispositions du TBI, vu que ce dernier ne s'applique qu'à la phase post-établissement.

Cela peut également ressortir de la clause sur l'application du traité, lorsqu'elle est prévue, à l'image du TBI Mexique-Australie (2006) en son article 4 :

Le présent Accord est applicable aux investissements des Investisseurs d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante en ce qui concerne la gestion, la conduite, l'exploitation, **la vente ou toute autre disposition de ces investissements** (« activités liées aux investissements »), et à de tels Investisseurs. [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

D'autres TBI vont plus loin et précisent que la clause NPF s'applique uniquement aux activités de la phase post-établissement. C'est le cas de l'article 4.2 du TBI Royaume-Uni-Mozambique (2004) :²¹

Aucune des Parties Contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante **en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements** à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants ou sociétés de tout état tiers. [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

3.3.2 L'approche minoritaire croissante : La clause NPF dès la phase pré-établissement

3.3.2.1 Définition de la clause NPF pré-établissement

Depuis les années 1990, avec l'émergence de chapitres sur l'investissement dans des ALE, de plus en plus de traités d'investissement octroient des droits aux investisseurs étrangers dès la phase d'admission, dans un même mouvement de libéralisation des biens et des capitaux. Les États-Unis et le Canada ont été les premiers à adopter cette voie, suivis du Japon et de l'Union européenne. La tendance a été lancée par le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dont l'article 1103 se lit comme suit :

²¹ Voir aussi TBI Royaume-Uni-Mexique (2006), article 4.2.



Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, **en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion**, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. [Accentuation ajoutée]

On remarque ici que l'Accord ne signale pas qu'il s'agit de libéraliser l'admission des investissements étrangers dans les limites de la clause NPF. Il suffit en effet d'insérer trois mots clés dans la clause NPF (ou la clause de traitement national), à savoir : « **admission, acquisition et expansion** »²² pour octroyer des droits d'accès au territoire national.

L'article 1103 de l'ALENA va inspirer de nombreux traités ultérieurs des États-Unis et du Canada, ainsi que leurs modèles nationaux respectifs de TBI.²³ Il en est de même dans les récents accords signés par l'Union européenne, notamment l'Accord économique et commercial global (AECG).²⁴

Certains traités, comme la Charte de l'Énergie, bien que limitant la clause NPF à la phase post-établissement, laissent ouverte la porte à une extension à la phase pré-établissement, par un accord qui sera ultérieurement négocié par les parties :²⁵

Un traité complémentaire obligera toute partie à celui-ci, aux conditions qui y seront stipulées, à accorder aux investisseurs des autres parties, pour la réalisation d'investissements dans sa zone, le traitement défini au paragraphe 3 [clause NPF].

3.3.2.2 Les exclusions du traitement NPF pré-établissement

Les traités d'investissement qui octroient des droits pré-établissement prévoient systématiquement des limites. En effet, aucun état ne peut accepter d'ouvrir tous azimuts les secteurs de son économie aux investissements étrangers sans un minimum de sauvegardes. Les états se réservent donc la possibilité de protéger certains secteurs ou certaines mesures sensibles de l'obligation de traitement NPF (et du traitement national) pendant la phase pré-établissement.

Si le principe est clair, les modalités pour y parvenir sont plus complexes. Deux options sont possibles.

La première option consiste à élaborer simplement des listes de mesures existantes non conformes, dites listes positives ou négatives. Soit les états parties octroient les droits d'admission assis sur la clause NPF dans tous les secteurs et pour toutes les mesures, sauf ceux qui auront été explicitement exclus dans une liste : c'est l'approche de la liste négative. Il faut donc s'assurer de lister tout ce que l'on veut protéger. Cette approche est fréquemment utilisée dans les traités d'investissement américains, canadiens et de l'UE.

Soit les états parties octroient ces mêmes droits uniquement dans les secteurs qui auront été explicitement listés : c'est l'approche de la liste positive. Ainsi, tout ce qui n'est pas listé est exclu. Cette approche est celle adoptée à l'OMC dans le cadre de la libéralisation du commerce des services (AGCS).

En résumé, avec la liste positive, tout ce qui n'est pas listé est couvert par la clause NPF, alors que dans la liste négative, tout ce qui n'est pas listé en est exclu.

Indéniablement, l'approche de la liste positive présente de nombreux avantages. La première est plus simple à élaborer, présente moins de risques d'erreurs ou d'oubli de secteurs stratégiques à protéger et requiert moins de

²² Le fait que le terme « expansion » relève de la phase pré ou post établissement demeure controversé. Il est probable qu'il couvre les deux phases selon le cas. V. par exemple les clarifications apportées, en ce qui concerne le traitement national, dans le TBI Canada-Chine (2012), article 6.3 : « Le concept d'« expansion » dans le présent article est applicable uniquement à l'égard des secteurs non soumis à un processus d'approbation préalable en vertu des directives sectorielles pertinentes et des lois, règlements et procédures en vigueur au moment de l'expansion. L'expansion peut être soumise à des formalités prescrites et d'autres exigences d'information ».

²³ V. l'article 4 du modèle de TBI américain de 2012 (disponible sur <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>) et l'article 4 du modèle d'APPI du Canada de 2004 (disponible sur <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>).

²⁴ V. AECG/CETA, 2016, article 8.7.1.

²⁵ Charte de l'Énergie (1994), article 10.4. Disponible sur <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>



temps. Quant à la liste négative, elle est extrêmement compliquée et fastidieuse à élaborer, même pour les pays développés. En effet, la liste négative requiert une analyse particulièrement poussée de l'impact de la libéralisation de tous les secteurs économiques concernés et une politique industrielle bien claire. Cela est d'autant plus difficile pour les pays qui s'adonnent à cet exercice pour la première fois. Il est donc important de se donner le temps d'élaborer sa liste si on venait à accepter que le TBI couvre la phase pré-établissement. C'est un exercice qui peut facilement s'étendre sur plusieurs années.

Dans tous les cas, l'établissement d'une liste, positive ou négative, est un travail complexe qui requiert une synergie d'action de tous les départements ministériels concernés d'un pays, ainsi qu'une large consultation de toutes les parties prenantes, notamment le secteur privé national.

La seconde option consiste à (1) immuniser dans un premier temps toutes les mesures existantes non conformes à la clause NPF, et (2) à élaborer dans un second temps une liste négative de « mesures ultérieures non conformes ». Cela signifie d'une part que toutes les mesures étatiques en vigueur, avant l'entrée en vigueur de l'ALE ou du TBI, pourront être maintenues comme telles, bien qu'elles violent la clause NPF. Il s'agit d'une option très pratique qui atténue les risques de la liste négative. Elle a été adoptée dans certains TBI récents du Canada. Toutefois, dans ce type d'accords canadiens, l'état d'accueil n'a pas le droit de modifier ces mesures de sorte à augmenter leur « non-conformité ». Il ne pourra donc que les reconduire comme tels, les modifier pour en augmenter la conformité ou les supprimer. On parle alors de mécanisme « du cliquet ». Aucun retour en arrière n'est possible. Cela signifie d'autre part que les nouvelles mesures adoptées après l'entrée en vigueur du TBI ou de l'ALE par l'état d'accueil devront être conformes à la clause NPF, sauf s'il s'agit de mesures relevant de la liste des « mesures ultérieures non conformes ».

On note que des pays comme le Canada combinent désormais plus souvent une liste négative de mesures ultérieures non conformes avec l'immunisation de toutes les mesures existantes non conformes.²⁶

3.3.2.3 Les implications du traitement NPF dès la phase pré-établissement

Étendre le champ d'application de la clause NPF à la phase pré-établissement signifie que l'état d'accueil accepte de renoncer à toute mesure discriminatoire en matière d'admission et des conditions d'accès des investissements étrangers, mais renonce également à en créer de nouvelles à l'avenir. Il ne s'agit pas d'un droit d'accès absolu au territoire de l'état d'accueil, mais d'un droit relatif. En d'autres termes, les investisseurs étrangers ont le droit d'investir dans les mêmes conditions que leurs homologues étrangers sur le territoire. Il n'est donc pas possible, en principe, de leur interdire l'accès à certains secteurs tout en les ouvrant à d'autres, ou de leur imposer des conditions d'établissement moins favorables par rapport à d'autres étrangers.

Il s'agit ici d'une limitation importante de la souveraineté des pays, notamment pour ceux en développement. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les pays en développement ont plusieurs fois rejeté la libéralisation des investissements dans le cadre des négociations du cycle de Doha sur le commerce et le développement à l'OMC. En effet, l'investissement fait partie des questions dites « de Singapour » qui furent retirées du mandat de négociation de Doha lors de la conférence ministérielle de Cancún en 2003, du fait principalement de l'opposition des pays en développement. Toutefois, la clause NPF, couvrant à la fois les phases pré-établissement et post-établissement, est de plus en plus acceptée par les pays en développement dans leurs TBI et chapitres d'investissements des ALE conclus avec des pays développés.

Enfin, il convient de rappeler qu'aucun état n'est tenu d'accorder des droits pré-établissement aux investisseurs étrangers sur son territoire dans un traité d'investissement. Ce type d'engagement dans un TBI ou chapitre d'investissement d'un ALE est définitif et aucun retour en arrière ou ajustement n'est possible, sous réserve d'une improbable renégociation. Par contre, un état peut toujours procéder à une libéralisation dans son droit national, si telle est sa politique interne d'attrait des investissements étrangers. Cela présente l'avantage de pouvoir faire les ajustements nécessaires pour répondre aux évolutions de l'économie nationale et internationale. Ainsi, l'état d'accueil pourra faire rimer prévisibilité et flexibilité en modifiant ses lois et règlements pour tenir compte des

²⁶ Voir par exemple le TBI Canada-Burkina Faso (2015).



leçons de ses expériences de libéralisation ou simplement s'adapter à une nouvelle donne économique. Cela ne signifie toutefois pas d'ouvrir et de fermer ses secteurs à tort et à travers. Les états n'ont d'ailleurs aucun intérêt à le faire s'ils veulent maintenir un climat d'affaires attirant pour les investissements dans un monde compétitif.

Ces remarques sont tout aussi valables pour le traitement national, lorsqu'il est accordé dès la phase pré-établissement. Et les risques sont encore plus élevés, car les pays prévoient plus souvent un traitement différencié pour les nationaux en ce qui concerne les conditions d'investissement, qu'ils ne font la distinction entre les différentes nationalités étrangères.

Enfin, il demeure que la majorité des TBI ne donne pas d'indications sur ce qu'il faut entendre par « traitement ». A priori, toutes les formes de mesures étatiques, qu'il s'agisse d'actes du législatif, de l'exécutif, ou du judiciaire, peuvent être qualifiés de « traitement ». Mais cela ne répond pas encore à la question de savoir si toute mesure ou action en relation avec des investissements est couverte ipso facto. Les réponses des tribunaux sont contradictoires sur la question.



4.0 L'interprétation de la clause NPF par les tribunaux d'investissement

La clause NPF avait déjà été invoquée dans la première sentence connue rendue sur le fondement d'un TBI.²⁷ Mais son interprétation par les tribunaux d'investissement est particulièrement controversée depuis les années 2000. En outre, le fait que ces divergences ne reposent pas systématiquement sur des formulations différentes de la clause NPF ne fait que renforcer l'incertitude et l'imprévisibilité juridiques.

Parmi les nombreuses questions soulevées, on retiendra principalement celle concernant la notion de « traitement » et l'épineux débat entre les règles substantielles et procédurales qui s'y rattache, mais également l'importation sélective des dispositions d'un TBI ainsi que l'interprétation des « circonstances similaires » et du traitement « non moins favorable ».

4.1 Que faut-il entendre par « traitement » ?

Quels sont les types de mesures ou comportements de l'état d'accueil qui peuvent être qualifiés de « traitements » au sens de la clause NPF ? A priori, la réponse peut sembler évidente, notamment lorsque l'on se réfère au droit de l'OMC. Ne s'agit-il pas simplement des droits et avantages accordés directement aux investisseurs dans le pays d'accueil, tels que « le traitement des transactions de nature commerciale et économique par rapport à l'exploitation et à la gestion des investissements » ou « la compétitivité des investissements » ?²⁸ On pense alors immédiatement aux exonérations fiscales ou aux conditions d'accès aux marchés publics, par exemple.

En réalité, la question qui se pose actuellement devant les tribunaux est de savoir si les droits et garanties conférés dans des TBI tiers de l'état d'accueil constituent également un « traitement ». En d'autres termes, un investisseur protégé par un TBI entre les états A et B peut-il utiliser la clause NPF pour revendiquer le bénéfice d'une disposition plus favorable insérée dans un TBI tiers entre les états A et C ? Dans l'affirmative, l'investisseur peut-il invoquer seulement des droits substantiels du TBI tiers (tels que l'obligation de TJE ou le libre transfert des capitaux), ou va-t-il avoir accès également aux droits procéduraux, à savoir le mécanisme de règlement des différends ?

Ces questions ont fait l'objet d'interprétations divergentes par les tribunaux arbitraux qui ont eu à appliquer la clause NPF.

4.2 L'importation de règles substantielles de protection d'un traité tiers

La réponse des tribunaux d'investissement varie selon la manière spécifique dont la clause NPF est invoquée par les investisseurs étrangers pour importer des règles substantielles. Ainsi, il a été demandé aux tribunaux de : remplacer une disposition d'un TBI par une autre moins restrictive, d'importer une disposition inexistante dans le TBI de base, ou au contraire d'en supprimer une, et enfin d'étendre le champ d'application d'un TBI.

4.2.1 Remplacer une disposition par une autre moins restrictive ?

La clause NPF a été invoquée par les investisseurs pour importer dans le traité de base des clauses dont la formulation leur apparaît « plus favorable » que celle existant dans leur propre traité. C'est particulièrement le cas de la clause du TJE, dont le contenu et la portée, quelles que soient les formules utilisées, sont particulièrement controversés.

Plusieurs tribunaux ont eu à se prononcer sur cette question dans le cadre de l'ALENA. En effet, suite à une note interprétative de la Commission de libre-échange de l'ALENA en 2001, la portée de l'article 1105 sur le TJE a été restreinte au standard minimum de traitement en droit international coutumier, afin de donner un coup

²⁷ Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République de Sri Lanka, CIRDI, ARB/87/3, sentence finale, 27 juin 1990. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>

²⁸ Comme l'invoquait l'Argentine dans sa défense dans l'affaire Siemens c. Argentine. V. ci-dessous.



d'arrêt aux interprétations jugées trop extensives des tribunaux.²⁹ Les États-Unis et le Canada reflèteront cette interprétation dans leur modèle de TBI, leur TBI et chapitres d'investissement post-2001.

Ainsi, dans l'affaire *ADF c. États-Unis*,³⁰ l'investisseur invoquait le bénéfice des clauses du TJE dans les anciens TBI des États-Unis avec l'Albanie et l'Estonie, dont les clauses dites « autonomes » ne faisaient pas référence au droit international coutumier. Le tribunal a rejeté la demande de l'investisseur, estimant que ce dernier n'avait pas prouvé que les clauses du TJE sous les traités avec l'Albanie et l'Estonie étaient moins favorables que celles du chapitre 11 de l'ALENA.³¹ Mais bien qu'ayant rejeté la requête de l'investisseur, le tribunal a donc accepté en principe la possibilité de l'importation.

La clause NPF a été également invoquée, cette fois avec succès, pour remplacer le critère de « juste compensation [...] représent[ant] la véritable valeur des investissements » en cas d'expropriation, du TBI République tchèque-Pays-Bas par celle de « juste valeur marchande » du TBI République tchèque-États-Unis, dans l'affaire *CME c. République tchèque*.³²

Le tribunal a ainsi déclaré que³³

la détermination de l'indemnisation en vertu du traité entre les Pays-Bas et la République tchèque sur la base de la « juste valeur marchande » trouve un appui dans la clause de la nation la plus favorisée de l'art. 3 (5) du Traité. [Traduction non officielle]

En définitive, la jurisprudence donne une réponse globalement positive sur la possibilité d'invoquer la clause NPF pour remplacer une disposition d'un TBI par une autre moins restrictive.

4.2.2 Importer une disposition inexistante ?

Parmi les nombreuses manières d'invoquer le jeu de la clause NPF figure le fait d'importer dans le traité de base une nouvelle règle de protection. En d'autres termes, l'investisseur demande au tribunal d'ajouter dans son propre TBI une nouvelle disposition qu'il pourra invoquer comme ayant été violée par l'état d'accueil. Ce fut le cas dans plusieurs affaires, dont *Bayindir c. Pakistan*,³⁴ *MTD Equity c. Chili*,³⁵ et *White Industry c. Inde*.³⁶

Dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a autorisé, par le jeu de la clause NPF, l'importation de la clause de TJE du TBI Pakistan-Suisse (1995) vers le TBI Pakistan-Turquie (1995). Le tribunal arrive à cette conclusion en se basant sur deux arguments principaux : d'une part, le préambule du TBI de base faisait référence à la notion du TJE ; d'autre part, la clause NPF était rédigée de manière suffisamment vague pour autoriser cette interprétation.³⁷

Dans l'affaire *MTD Equity c. Chili*, l'investisseur demandait le bénéfice d'une obligation d'accorder « les permis nécessaires » prévus dans les TBI Chili-Danemark (1993) et Chili-Croatie (1994). Cette disposition était absente du TBI Chili-Malaisie (1992) en cause. Le tribunal CIRDI a accepté la requête de l'investisseur sur le fondement que cette interprétation était en accord avec le but et l'objet dans le préambule du TBI de base, qui est de « protéger et créer un climat plus favorable aux investissements ». Il a aussi conclu que les exceptions à la clause NPF en faveur des organisations d'intégration régionales et les accords fiscaux dans le TBI Chili-Malaisie signifiaient a contrario que toutes les autres matières étaient couvertes.³⁸

²⁹ Note disponible sur http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp

³⁰ *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, ARB (AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>

³¹ *Id.*, para. 193-198.

³² *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, sentence finale, 14 mars 2003. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>

³³ *Id.*, para. 500.

³⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Islamic Republic of Pakistan*, CIRDI, ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 novembre 2005. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>

³⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République de Chili*, CIRDI, ARB/01/7. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>

³⁶ *White Industries Australia Limited c. République d'Inde*, CNUDCI, sentence du 30 novembre 2011. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>

³⁷ *Bayindir c. Pakistan*, *op. cit.*, respectivement para. 228-230 et para. 207, 231-232.

³⁸ *MTD c. Chili*, *op. cit.*, para. 104.



Plus récemment, dans l'affaire *White Industries c. Inde*, un tribunal d'arbitrage établi conformément au règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a accepté d'importer du TBI Inde-Koweït une obligation de « fournir des moyens efficaces pour faire valoir les revendications et faire respecter les droits »,³⁹ dans le TBI Inde-Australie, comme le demandait l'investisseur. En effet, à la question de savoir si l'article 4.2 (clause NPF) du TBI Inde-Australie permet d'incorporer l'article 4.5 du TBI Inde-Koweït, le tribunal a répondu par l'affirmative en estimant que⁴⁰

cela ne « subvertit » pas l'équilibre négocié du TBI. Au contraire, elle réalise exactement le résultat recherché que les parties recherchaient en incorporant une clause NPF dans le TBI. [Traduction non officielle]

En définitive, la réponse des tribunaux d'investissement à la possibilité d'invoquer la clause NPF pour importer des dispositions inexistantes est en majorité positive.

4.2.3 Supprimer une disposition existante ?

Il est arrivé que la clause NPF soit invoquée pour éliminer une clause d'un TBI de base, jugée « moins favorable » de par sa simple existence.

Ce fut le cas avec la clause de nécessité du TBI Argentine-États-Unis dans l'affaire *CMS c. Argentine*.⁴¹ Ainsi, l'investisseur invoquait, sur la base de la clause NPF, les autres TBI de l'Argentine dans lesquels une telle clause n'était pas disponible. Toutefois, le tribunal CIRDI a suivi ici la position de l'Argentine :⁴² « La simple absence d'une telle disposition dans d'autres traités ne prête pas appui à cet argument, qui en tout état de cause ne relève pas de la règle *ejusdem generis* [...] [traduction non officielle]. »

On notera toutefois ici que le tribunal ne rejette pas définitivement en principe la possibilité d'une telle importation. En effet, il a estimé que la clause NPF aurait pu jouer un rôle si les TBI tiers contenaient des clauses de nécessité plus favorables.

À notre connaissance, aucun tribunal n'a encore accepté que la clause NPF puisse permettre de supprimer purement et simplement une clause du TBI de base.

4.2.4 Étendre le champ d'application du traité ?

La clause NPF a également été invoquée dans certaines affaires pour étendre le champ d'application du TBI de base, qu'il s'agisse du champ d'application dans le temps (*ratione temporis*) ou matérielle (*ratione materiae*).

En ce qui concerne l'application *ratione temporis*, les plaignants dans l'affaire *Tecmed c. Argentine*⁴³ et *MCI c. Équateur*⁴⁴ ont essayé, sans succès, d'obtenir une application rétroactive de leur TBI de base afin de pouvoir englober des faits survenus avant leur entrée en vigueur. Il s'agissait d'utiliser la clause NPF pour importer des clauses plus favorables sur l'application temporelle du TBI Mexique-Australie en remplacement du TBI Mexique-États-Unis ; et du TBI Équateur-Argentine, en remplacement du TBI Équateur-États-Unis.

Dans les deux cas, les tribunaux ont refusé de reconnaître un tel effet à la clause NPF. Le tribunal dans l'affaire *CMS c. Argentine* a notamment estimé que le champ d'application temporel d'un TBI faisait partie du « noyau de sujets » dont « l'application ne peut donc pas être compromise par le principe contenu dans la clause de la nation la plus favorisée »⁴⁵ [traduction non officielle].

³⁹ *White Industry c. Inde*, *op. cit.*

⁴⁰ *Id.*, para. 11.2.4

⁴¹ *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, CIRDI, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

⁴² *CMS c. Argentine*, *op. cit.*, para. 377

⁴³ *Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, ARB (AF)/00/02, sentence, 29 mai 2003. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

⁴⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Urbine, Inc. c. République d'Équateur*, CIRDI, ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf>

⁴⁵ *CMS c. Argentine*, *op. cit.*, para. 69. Accentuation ajoutée.



En ce qui concerne l'application *ratione materiae*, la clause NPF a déjà été invoquée pour importer une définition de l'investissement plus favorable, qui permettrait d'y inclure le type d'activité économique de l'investisseur. Ainsi, dans l'affaire *Société général c. République dominicaine*,⁴⁶ le tribunal a rejeté la position de l'investisseur, même si en l'espèce, il a considéré que ce dernier avait réalisé un investissement au sens du traité de base République dominicaine-France (1999).⁴⁷ Il a ainsi décidé que la clause NPF « s'applique uniquement au traitement accordé aux [...] investissements définis, mais pas à la définition d'« investissement » elle-même »⁴⁸ [traduction non officielle].

Pour ce tribunal, la clause NPF n'est donc pas applicable aux dispositions sur la portée et les définitions des TBI. Son raisonnement est ici très éclairant : avant d'invoquer la clause NPF dans le TBI de base, il faut pouvoir invoquer ce traité lui-même, ce qui inclut avoir réalisé un investissement tel que définit. C'est seulement après que l'investisseur pourra utiliser la clause NPF pour importer des droits substantiels plus favorables.

La position des tribunaux se justifie aisément. Comment un tribunal arbitral pourrait-il se baser sur l'application de la clause NPF d'un traité pour étendre son champ d'application et se décaler compétent, alors même que pour avoir accès à la clause NPF, il faudrait d'abord que le traité de base lui donne compétence ? La même question pourrait se poser pour la définition de l'investisseur, de l'application spatiale du traité ou encore des exclusions de certaines matières du champ d'application du TBI.

En bref, la majorité des tribunaux sont opposés à l'extension du champ d'application des TBI par le biais de la clause NPF.

4.3 L'importation de règles procédurales de protection d'un traité tiers

Il s'agit probablement de l'effet de la règle NPF le plus controversé devant les tribunaux. Tout comme avec les règles substantielles de protection, la question se pose de savoir si les mécanismes de règlements des différends font partie du « traitement ». Un tribunal arbitral peut-il se baser sur l'application de la clause NPF d'un traité pour se déclarer compétent alors que les règles procédurales dudit traité ne lui donnent pas compétence pour connaître de l'affaire et donc interpréter la clause NPF elle-même ? En effet, sans la clause NPF et l'interprétation qui en est faite, le tribunal n'aurait pas pu se déclarer compétent. Comment justifier alors qu'il puisse accéder à une obligation de fond, la clause NPF et l'interpréter, pour se déclarer compétent ? Cette question particulièrement circulaire a donné lieu à des réponses divergentes parmi les tribunaux.

4.3.1 Contourner les règles d'admissibilité

Dans la grande majorité des affaires où les investisseurs ont invoqué la clause NPF, il s'agissait de demander son application dès la phase juridictionnelle pour surmonter les obstacles à la compétence du tribunal existant dans le traité de base. En d'autres termes, l'investisseur utilise le jeu de la clause NPF pour importer le consentement de l'état d'accueil, consentement qui est primordial dans le mode de règlement consensuel des différends qu'est l'arbitrage.

Si certains tribunaux n'ont vu aucun inconvénient à reconnaître un tel effet à la clause NPF, d'autres s'y sont vigoureusement opposés.

4.3.2 Les positions favorables

Dans plusieurs affaires, la clause NPF a ainsi été invoquée pour contourner l'exigence de porter le litige devant les tribunaux internes pendant une certaine période avant de pouvoir soumettre une plainte à l'arbitrage.⁴⁹

⁴⁶ Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République Dominicaine, CNUDCI, LCIA Case No. UN 7927, Sentence sur les objections préliminaires à la compétence, 19 septembre 2008. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>

⁴⁷ L'investisseur français voulait importer la définition de l'investissement du CAFTA-DR de 2004.

⁴⁸ Société Générale c. République dominicaine, *op. cit.*, para. 41.

⁴⁹ Pour plus de détails sur cette question, V. Brauch, M. D. (2017). *L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement*. Série bonnes pratiques de l'IISD. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>.



La première affaire à connaître d'une telle requête fut l'affaire *Maffezini c. Espagne*. Ce tribunal CIRDI a été le premier à décider que la clause NPF permettait d'importer des dispositions plus favorables du mécanisme de règlement des différends d'un traité tiers dans le traité de base de l'investisseur protégé. L'investisseur voulait écarter l'exigence du TBI Espagne-Argentine de porter d'abord son litige devant les tribunaux espagnols pendant 18 mois, avant de recourir à l'arbitrage international. Il invoquait alors les dispositions plus favorables du TBI Espagne-Chili, qui permettaient d'aller directement à l'arbitrage. Le tribunal a suivi la position de l'investisseur, et a expliqué que :

Aujourd'hui, les arrangements sur le règlement des différends sont inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers, comme ils sont également liés à la protection des droits des commerçants en vertu des traités de commerce. [...] [Si] un traité tiers contient des dispositions pour le règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et des intérêts de l'investisseur que ceux du traité de base, **ces dispositions peuvent être étendues au bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée, car ils sont entièrement compatibles avec le principe *ejusdem generis***.⁵⁰
[Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

En l'espèce, la clause NPF du TBI Espagne-Argentine se referait à « toute matière relevant de cet Accord », des termes suffisamment vagues pour englober les règles procédurales selon le tribunal.

Toutefois, sans doute conscient de l'aspect révolutionnaire de sa décision, le tribunal a tenu à imposer des limites au jeu de la clause NPF. Ainsi, la clause NPF (a) ne devrait pas permettre au bénéficiaire de « outrepasser des considérations d'ordre public que les parties contractantes pourraient avoir envisagées comme conditions fondamentales pour leur acceptation de l'accord en question » et (b) ne devrait pas être un moyen de faire du « *treaty shopping* qui ferait des ravages avec les objectifs d'ordre public sous-jacent de dispositions spécifiques du traité »⁵¹ [traduction non officielle].

On peut se s'interroger à propos de la mise en pratique de telles limitations, notamment comment faire la distinction entre « l'extension légitime des droits des investisseurs » et le « *treaty shopping* ». Pour le tribunal dans l'affaire *Salini c. Jordanie*, le raisonnement du tribunal dans l'affaire *Maffezini* ajouterait au contraire « plus d'incertitudes au risque de *treaty shopping* »⁵² [traduction non officielle]. Le tribunal dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* s'est également inquiété du risque de « *treaty shopping* » induit par la jurisprudence *Maffezini*, en rappelant qu'une telle situation chaotique, de fait contreproductif pour l'harmonisation, ne peut-être l'intention présumée des Parties contractantes »⁵³ [traduction non officielle]. Le même risque d'incertitude et d'instabilité sera relevé par d'autres affaires comme *Telenor c. Hongrie*.⁵⁴

Malgré le retentissement de cette décision, les nombreuses critiques dont elle fut l'objet ainsi que les craintes qu'elle a suscitées, plusieurs tribunaux sont allés dans le même sens que *Maffezini c. Espagne*, la quasi-totalité concernant le délai d'attente de 18 mois devant les tribunaux nationaux dans des affaires contre l'Argentine. Il s'agit notamment des affaires *Siemens v. Argentina*,⁵⁵ *Gas Natural c. Argentine*,⁵⁶ *Hochtief AG c. Argentine*,⁵⁷ *Suez c.*

⁵⁰ *Maffezini c. Espagne*, *op. cit.*, para. 54–55.

⁵¹ *Id.*, para. 62 et 63.

⁵² *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. le Royaume hachémite de Jordanie*, CIRDI, ARB/02/13, Decision sur la compétence, 29 novembre 2004, para. 115. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>

⁵³ *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI ARB/03/24, Décision sur la compétence du 8 février 2005, para. 212. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>

⁵⁴ *Telenor Mobile Communications Hungary*, CIRDI, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, para. 94–96. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>

⁵⁵ *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, CIRDI, ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004, V. para. 102. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>

⁵⁶ *Gas Natural SDG, S.A. c. République d'Argentine*, CIRDI, ARB/03/10, Décision sur les questions préliminaires sur la compétence du 17 juin 2005, para. 49. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>

⁵⁷ *Hochtief AG c. République d'Argentine*, ICSID Case No. ARB/07/31, Décision sur la compétence du 24 octobre 2011, para. 73. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf>



Argentine,⁵⁸ *National Grid c. Argentine*,⁵⁹ *AWG c. Argentine*,⁶⁰ et *Impreglio c. Argentine*.⁶¹ On peut y ajouter au moins deux affaires contre la Russie, *RosInvest c. Russie*⁶² et *Renta 4 c. Russie* (affirmation de principe).⁶³ On notera que plusieurs TBI conclus par l'Argentine exigent en effet que l'investisseur porte d'abord le différend devant les tribunaux nationaux pendant une période de 18 mois avant de pouvoir porter le litige devant un tribunal arbitral.

Le tribunal dans l'affaire *Hochtief AG c. Argentine* a estimé qu'il « n'y a aucun doute que le règlement des différends est une « activité en relation avec les investissements »⁶⁴ [traduction non officielle].

Le tribunal dans l'affaire *Siemens c. Argentine* a quant à lui justifié sa position par le fait que le mécanisme de règlement des différends « fait partie du traitement des investisseurs et des investissements étrangers et des avantages accessibles par le biais d'une clause NPF »⁶⁵ [traduction non officielle]. Il ajoutera que, en application du principe *expressio unius est exclusio alterius*, que l'on peut traduire par « l'inclusion d'une chose signifie l'exclusion de l'autre » : « Le but de la clause NPF est d'éliminer l'effet des dispositions spécialement négociées sauf si elles ont été exclues »⁶⁶ [traduction non officielle].

D'autres arguments ressortent de l'analyse de ces sentences arbitrales, notamment le but et l'objet du TBI, qui est de créer un climat favorable aux investissements ; le caractère vague de la clause NPF, qui ne précise pas son champ d'application ; ou la pratique de l'état d'accueil dans ses TBI précédents.

Plus récemment, dans l'affaire *Venezuela US c. Venezuela*,⁶⁷ la majorité d'un tribunal arbitral CNUDCI⁶⁸ s'est déclaré compétent en important le consentement du Venezuela à l'arbitrage CIRDI, après que ce dernier ait dénoncé la Convention CIRDI en 2012. En effet, dans le TBI Venezuela-Barbade en cause, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI n'était disponible que si le Venezuela devenait partie à la Convention du CIRDI. La majorité du tribunal a pu importer la clause de règlement des différends du TBI Venezuela-Équateur, qui ne contient pas une telle restriction, après avoir constaté que les deux pays

ont convenu *expressis verbis* que la clause de traitement NPF est applicable à l'article 8, à savoir, les dispositions du règlement des différends et les conditions de recours à l'arbitrage international qui en découlent.⁶⁹ [Traduction non officielle]

Auparavant, la majorité du tribunal arbitral dans l'affaire *Garanti Koza c. Turkménistan* était déjà parvenu à la même conclusion, en ces termes :

⁵⁸ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c. République d'Argentine, CIRDI, ARB/03/17, Décision sur la compétence du 16 mai 2006, para. 57. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0807.pdf>

⁵⁹ National Grid PLC c. République d'Argentine, CNUDCI, Décision sur la compétence du 20 juin 2006. para. 93. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf>

⁶⁰ AWG Group Ltd c. The République d'Argentine, UNCITRAL, décision sur la compétence du 3 août 2006. para. 68. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf>

⁶¹ Impregilo c. Argentine, *op. cit.* La sentence a fait l'objet d'une opinion dissidente d'un membre du tribunal, le Pr Brigitte Stern, sur la clause NPF., *op. cit.*

⁶² RosInvestCo UK Ltd. C. Fédération de Russie, SCC Case No. V079/2005, sentence sur la compétence du 1 octobre 2007, para. 155–156. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>

⁶³ Renta 4 S.V.S.A., (...) c. Fédération de Russie, SCC No. 24/2007, sentence sur les objections préliminaires du 20 mars 2009, para. 119. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>

⁶⁴ Hochtief AG c. Argentine, *op. cit.*, para. 73.

⁶⁵ Siemens c. Argentine, *op. cit.*, para. 102

⁶⁶ Id., para. 106.

⁶⁷ Venezuela US, S.R.L. (Barbade) c. République bolivarienne du Venezuela, PCA Case No. 2013–34, sentence intérimaire sur la compétence du 26 juillet 2016. Disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7494_1.pdf

⁶⁸ Le Pr Marcelo Kohen a émis une opinion dissidente sur l'interprétation de la clause NPF et de la clause de règlement des différends, estimant que le tribunal n'était pas compétent faute de consentement à l'arbitrage CIRDI. Opinion dissidente disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7495_0.pdf

⁶⁹ Venezuela US c. Venezuela, *op. cit.*, para. 102.



Le TBI prévoit que la clause NPF « s'applique » à l'article sur l'arbitrage investisseur-état. La majorité du Tribunal conclut donc que rien dans le TBI n'empêche un investisseur d'invoquer simultanément le droit à l'arbitrage international fourni par le TBI et d'invoquer la clause NPF pour obtenir le bénéfice d'un arbitrage plus favorable prévu par un autre traité à des ressortissants ou à des sociétés d'un pays tiers.⁷⁰ [Traduction non officielle]

On note ici que les deux TBI en cause (article 3.3.) incluaient explicitement le mécanisme de règlement des différends dans le champ d'application de la clause NPF, en ligne avec la pratique de certains TBI du Royaume-Uni. Cette pratique demeure minoritaire dans l'univers des TBI.

4.3.3 Les positions non favorables

Plusieurs autres tribunaux n'ont pas suivi la jurisprudence *Maffezini* et ont décidé au contraire que la clause NPF ne pouvait permettre d'importer des règles procédurales, sauf à indication contraire claire et explicite. Parmi ces affaires, on peut citer *Salini c. Jordanie*,⁷¹ *Plama c. Bulgarie*,⁷² *Vladimir Berschader c. Russie*,⁷³ *Wintershall c. Argentine*,⁷⁴ *ICS Inspection c. Argentine*,⁷⁵ *Daimler c. Argentine*,⁷⁶ et *Kilic c. Turkménistan*.⁷⁷

Dans l'affaire *Daimler c. Argentine*, la majorité du tribunal a pris en considération l'absence d'une preuve manifeste que les pays signataires du TBI de base aient voulu que la clause NPF s'applique aux dispositions procédurales. En l'espèce, la clause NPF ne précisait pas son champ d'application. On peut constater que le tribunal applique ici une présomption en faveur de la non-application de la clause NPF aux questions procédurales et rejette donc le principe *expressio unius est exclusio alterius*. En d'autres termes, il n'y a pas d'inclusion sauf dans le cas d'une formulation explicite contraire. Le tribunal a estimé en particulier que

il semble plus probable que les États Parties contractantes, agissant comme ils le faisaient avant *Maffezini*, n'ont pas exclu explicitement les dispositions de règlement des différends internationaux entre investisseurs et états du champ d'application des clauses NPF **tout simplement parce qu'ils n'ont jamais considéré qu'une telle invocation de la clause soit possible**.⁷⁸ [Traduction non officielle]

Une position similaire fut adoptée dans l'affaire *Wintershall c. Argentine*, lorsque le tribunal affirma que la clause NPF ne s'appliquait pas au règlement des différends, « à moins bien sûr que la clause NPF dans le traité de base indique clairement et sans ambiguïté qu'elle devra être interprétée dans ce sens »⁷⁹ [traduction non officielle].

On peut noter ici, et comme vu précédemment, que le tribunal dans l'affaire *Siemens c. Argentine* s'était basé au contraire sur le caractère vague de la clause NPF pour conclure que les règles procédurales sont incluses, sauf exclusion explicite.⁸⁰

⁷⁰ Garanti Koza LLP c. Turkménistan, CIRDI ARB/11/20, Décision sur l'objection à la compétence pour absence de consentement du 3 juillet 2013, article 62. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>. Le Pr Laurence Boisson de Chazournes a émis une opinion dissidente, estimant que le tribunal n'était compétent, faute de consentement à l'arbitrage CIRDI. Opinion dissidente disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1541.pdf>

⁷¹ *Salini c. Argentine*, *op. cit.*, para. 112

⁷² *Plama c. Bulgarie*, *op. cit.*, para. 215.

⁷³ Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Fédération de Russie, SCC Case No. 080/2004, sentence 21 avril 2006, para. 181. Disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf

⁷⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft c. République d'Argentine*, CIRDI ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, para. 160–197. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0907.pdf>

⁷⁵ *ICS Inspection and Control Services Limited c. République d'Argentine*, CNUDCI, CPA n° 2010–9, sentence sur la compétence du 10 février 2012, para. 274–318. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0416.pdf>

⁷⁶ *Daimler Financial Services AG c. République d'Argentine*, CIRDI, ARB/05/1, sentence du 22 août 2012, disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>

⁷⁷ *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, sentence du 2 juillet mai 2013, sections 7.1.1–7.3.9. Disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf

⁷⁸ *Daimler c. Argentine*, *op. cit.*, para. 239.

⁷⁹ *Wintershall c. Argentine*, *op. cit.*, para. 167. V. aussi *Kilic c. Turkménistan*, *op. cit.*, sections 7.1.1–7.7.7

⁸⁰ *Siemens c. Argentine*, *op. cit.*, para. 106.



Le tribunal dans l'affaire *Daimler c. Argentine* a également remis en cause d'autres arguments de la jurisprudence *Maffezini*, qu'il s'agisse notamment du contenu du terme « traitement » (par traitement les parties se référaient, au moment de conclusion du TBI, au traitement direct de l'investisseur et non à l'arbitrage international pouvant résulter de ce traitement) ; de la référence à « toutes matières » dans la formulation de la clause NPF (toutes les dispositions du TBI ne peuvent être englobées par ces mots, comme celles sur l'application territoriale du TBI) ; de l'analyse du traitement non moins favorable (un traitement différent n'est pas forcément moins favorable) ; ou du rôle de l'objectif et du but du traité (le TBI doit être compris comme un tout et toutes ses dispositions ne peuvent être parfaitement compatibles avec le préambule).⁸¹ Le tribunal conclura notamment que

Les clauses de la nation la plus favorisée [...] du TBI [...] n'autorisent pas le demandeur à contourner les conditions préalables à l'arbitrage prévues à l'article 10 du TBI. Les garanties NPF du traité ne sont actuellement pas applicables en tout état de cause, vu que le requérant n'a pas démontré que le processus de règlement des différends prévu par l'article 10 du TBI germano-argentin est objectivement moins favorable au demandeur que celui de tout traité en comparaison.⁸² [Traduction non officielle]

Dans l'affaire *Wintershall c. Argentine*, le tribunal, contrastant ainsi avec l'interprétation dans l'affaire *Maffezini*, a aussi affirmé que « même des mots tels que "toutes matières relatives à [...]" dans une clause NPF ne peuvent ne pas être suffisants pour étendre une telle clause aux dispositions de règlement des différends du TBI »⁸³ [traduction non officielle]. Le même tribunal a également rappelé que la période d'attente des 18 mois était⁸⁴ « partie intégrante de l'offre intégrée de l'Argentine à l'arbitrage CIRDI "qui devrait être" acceptée par l'investisseur dans les mêmes conditions » [traduction non officielle].

4.3.4 Étendre le mandat du tribunal arbitral

Dans cette catégorie d'affaire, l'investisseur a invoqué la clause NPF pour incorporer dans le mandat du tribunal arbitral saisi des matières qui sont normalement exclues du champ d'application de son TBI de base.

Ainsi, il a été demandé aux tribunaux de se déclarer compétents pour connaître un litige contractuel alors que le TBI renvoie ces litiges au juge du contrat (*Salini c. Jordanie*) ; ou d'examiner la violation d'autres dispositions du TBI quand ce dernier limite la compétence du tribunal aux litiges relatifs à l'indemnisation pour cause d'expropriation (*Plama c. Bulgarie* ; *Telenor c. Hongrie*). Dans toutes ces affaires, les arbitres ont rejeté la jurisprudence *Maffezini*.

Dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, le tribunal a noté que

Lors de la conclusion d'un traité multilatéral ou bilatéral d'investissement avec des dispositions spécifiques de règlement des différends, on ne peut s'attendre à ce que les états livrent ces dispositions à un futur remplacement (partiel) par différentes dispositions relatives au règlement des différends par l'application d'une clause NPF, à moins que les états aient explicitement convenu de cela.⁸⁵

Des positions et arguments similaires ont été exposés dans les affaires *Telenor c. Hongrie*⁸⁶ et *Berschader c. Russie*.⁸⁷

Toutefois, et plus récemment, des tribunaux ont accepté d'étendre leur compétence par le biais de la clause NPF. Ainsi, le tribunal dans l'affaire *RosInvest. c. Russie*⁸⁸ a étendu sa compétence à la clause sur l'expropriation, tout en constatant :

⁸¹ *Daimler c. Argentine*, *op. cit.* V. respectivement les para. 224 ; 235–236 ; 243–245 ; 258.

⁸² *Id.*, para. 280.

⁸³ *Wintershall c. Argentine*, *op. cit.*, para. 186.

⁸⁴ *Id.*, para. 162. V. aussi l'opinion concurrente et dissidente du Pr B. Stern dans l'affaire *Impreglio S.p.A c. République d'Argentine*, sentence du 21 juin 2011, CIRDI, ARB/07/17, para. 105. Opinion disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0420.pdf>

⁸⁵ *Plama c. Bulgarie*, *op. cit.*, para. 212. V. aussi para. 223.

⁸⁶ *Telenor c. Hongrie*, *op. cit.*, para. 92 et s.

⁸⁷ *Berschader c. Russie*, *op. cit.*, para. 178–180.

⁸⁸ *RosInvestCo c. Russie*, *op. cit.*, para. 131.



Alors qu'en effet l'application de la clause NPF de l'article 3 élargit le champ d'application de l'article 8 [Règlement des différends] et est ainsi en conflit avec sa limitation, cela est le résultat normal de l'application des clauses NPF. [Traduction non officielle]

Par ailleurs, la distinction entre règles substantielles et procédurales a été considérée comme non pertinente par le même tribunal. Pour ce dernier, la règle NPF s'applique indifféremment à toutes les règles de protection du TBI de base.⁸⁹ Le tribunal dans l'affaire *Renta 4 c. Russie* a également rejeté la distinction entre règles primaires et secondaires pour conclure que la clause NPF s'appliquait aussi bien aux règles substantielles que procédurales des TBI.⁹⁰ Toutefois, dans le cas d'espèce, la clause limitait elle-même son champ d'application à l'obligation de TJE, clause qui n'englobait pas le mécanisme de règlement des différends selon la majorité du tribunal.

Certains tribunaux sont allés plus loin que la jurisprudence *Maffezini*. En effet, dans l'affaire *Garanti Kosa LLP c. Turkménistan*,⁹¹ un tribunal CIRDI a accepté d'importer le consentement à l'arbitrage, CIRDI du Turkménistan de son TBI signé avec la Suisse, par le biais de la clause NPF, alors que ledit consentement n'était pas disponible dans le traité de base Turkménistan-Royaume-Uni. Or, « l'établissement d'un forum particulier comme le CIRDI »⁹² avait été expressément exclu des effets possibles de la clause NPF par le tribunal *Maffezini*.

En bref, la jurisprudence sur l'importation des clauses procédurales par le biais de la clause NPF est pour le moins incohérente. Des positions divergentes existent sur l'interprétation de clauses identiques ou non.

4.4 L'importation sélective de dispositions de traités tiers

La question qui se pose ici est de savoir si la clause NPF permet d'importer une disposition d'un traité tiers, qu'il s'agisse d'une règle procédurale ou substantielle, sans y adjoindre les limitations ou conditions qui y sont rattachées. Dans plusieurs affaires lancées contre l'Argentine au cours des années 2000,⁹³ ce dernier a souvent estimé que si on devait reconnaître la possibilité d'importer des dispositions plus avantageuses d'un TBI tiers par l'entremise de la clause NPF, alors les aspects désavantageux de la disposition devraient être importés en même temps. En d'autres termes, les TBI devraient être vus comme un paquet dont on ne pourrait jouir des bénéfices sans aussi accepter les limitations correspondantes. Sur ce point, plusieurs tribunaux ont accepté l'importation sélective de dispositions de TBI tiers.

Ainsi, dans l'affaire *RosInvest c. Russie*, le tribunal avait accepté sa compétence en 2007 dans une sentence sur la juridiction, sur la base d'une clause de règlement des différends importés d'un TBI tiers (Russie-Danemark) dans le TBI de base (Russie-Royaume-Uni). Toutefois, le TBI Russie-Danemark, sur lequel reposait finalement la compétence du tribunal, excluait les questions fiscales de la portée du règlement des différends investisseur-état. Contrairement à ce que demandait la Russie, le tribunal a accepté dans sa décision sur le fond en 2010 de déterminer si l'effet cumulatif de mesures fiscales avait conduit à une expropriation de l'investissement. Bien qu'il n'ait pas tranché définitivement la question de savoir s'il était lié par les exceptions rattachées à la clause importée, la considérant comme « non pertinente », le tribunal a dans les faits accepté d'importer une disposition de manière sélective.⁹⁴

Dans l'affaire *Siemens c. Argentine*, un tribunal CIRDI a accepté d'importer une partie de la clause de règlement des différends pour se déclarer compétent. En effet, la disposition importée du TBI Argentine-Chili donnait la possibilité d'aller directement à l'arbitrage international (ce qui n'était pas le cas dans le TBI Argentine-Allemagne, qui prévoyait un délai d'attente de 18 mois). Mais en contrepartie, l'investisseur devait opter définitivement entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage international sans possibilité de bifurcation si une voie ne lui donnait pas

⁸⁹ *Id.*, para. 132

⁹⁰ *Renta 4 c. Russie*, *op. cit.*, para. 100.

⁹¹ *Kosa c. Turkménistan*, *op. cit.*, para. 79

⁹² *Maffezini c. Espagne*, *op. cit.*, para. 63. Les autres limites citées en exemples étaient la convention d'arbitrage à la condition d'épuisement des voies de recours internes, la clause d'option irrévocable, l'accord d'arbitrage en vertu d'un système hautement institutionnalisé d'arbitrage comme l'ALENA (1992) ou de régimes similaires.

⁹³ V. par exemple *Siemens c. Argentine*, *op. cit.*, para. 119.

⁹⁴ *Ro Invest c. Russie*, *op. cit.*, para. 134-137.



satisfaction (clause d'option irrévocable). Bien que l'investisseur avait déjà entamé une procédure devant les tribunaux argentins, le tribunal a accepté sa compétence :

Le Tribunal reconnaît qu'il peut y avoir du mérite dans la proposition selon laquelle, dès lors qu'un traité a été négocié comme un paquet pour que d'autres parties puissent en bénéficier, elles doivent également être soumises à ses inconvénients. Cependant, tel n'est pas le sens d'une clause NPF. Comme son nom l'indique, il ne porte que sur un traitement plus favorable.⁹⁵

De fait, l'investisseur a pu combiner une portion avantageuse du TBI tiers avec celle du TBI de base tout en ignorant les contraintes et limitations dans les deux TBI.

On constatera de nouveau ici que ce tribunal est allé plus loin que la sentence *Maffezini* dans laquelle le tribunal avait listé la clause d'option irrévocable comme exclue du jeu de la clause NPF.⁹⁶

Une affaire au moins a clairement rejeté cette position.⁹⁷ En effet, le tribunal dans l'affaire *Hochtief c. Argentine* a considéré au contraire que l'investisseur devait sélectionner la disposition en entier :

La clause NPF ne permet pas la cueillette sélective des composants de chaque série de conditions, **de manière à fabriquer un ensemble artificiel de conditions auxquelles les ressortissants d'aucun état n'auraient droit**. Le demandeur dans cette affaire ne peut invoquer l'absence d'un délai de contentieux de 18 mois dans le TBI Argentine-Chili et ignorer le fait que l'article 10 (2) du TBI Argentine-Chili impose une clause « d'option irrévocable » : **il doit se fonder sur l'ensemble du système comme indiqué soit à l'article 10 du TBI Argentine-Chili ou à l'article 10 du TBI Argentine-Allemagne**.⁹⁸ [Traduction non officielle, accentuation ajoutée]

Le fait que la clause NPF puisse permettre d'importer les dispositions d'autres TBI tiers dans le TBI de base, et notamment le mécanisme de règlement des différends, demeure une question controversée. Les divergences existent d'ailleurs aussi bien entre les sentences arbitrales qu'au sein même des arbitres siégeant dans la même affaire.

4.5 La notion de « circonstances/situations similaires »

Lorsque la clause NPF précise elle-même que les investissements ou investisseurs doivent être dans ces circonstances ou situations « similaires », les tribunaux ont bien entendu cherché à déterminer si tel était le cas en l'espèce.

Toutefois, lorsque le TBI est muet sur la question, comme dans la majorité des cas, les tribunaux n'ont pas hésité à recourir à la notion de similarité, comme dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie* :

Une comparaison est nécessaire avec un investisseur dans des circonstances similaires. La notion de circonstances similaires a été analysée de manière large par les tribunaux.⁹⁹ [Traduction non officielle]

Dans cette affaire, le tribunal a considéré le secteur économique au sein duquel opéraient deux projets répondant à un appel d'offres public de construction, mais aussi les caractéristiques des deux offres, pour conclure qu'ils n'étaient pas dans des circonstances similaires. Il en fut de même dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*,¹⁰⁰ où le tribunal a comparé deux investissements au regard des circonstances spécifiques et des termes de leurs contrats respectifs.

On peut donc conclure que la comparaison ne peut se faire qu'entre opérateurs étant assujettie à des circonstances similaires, même si la clause NPF ne le précise pas.

⁹⁵ *Siemens c. Russie*, *op. cit.*, para. 120.

⁹⁶ *V. Maffezini c. Espagne*, *op. cit.*, para. 63.

⁹⁷ V. également l'opinion dissidente du Pr B. Stern dans l'affaire *Impreglio c. Argentine*, *op. cit.*, para. 107.

⁹⁸ *Hochtief c. Argentine*, *op. cit.*, para. 98. Accentuations ajoutées.

⁹⁹ *Parkerings c. Lituanie*, *op. cit.*, para. 369.

¹⁰⁰ *Bayindir c. Pakistan*, *op. cit.*, para. 399–411.



Cela dit, si le principe du recours à des critères de comparaison n'est pas controversé, l'interprétation de ce qui est similaire peut varier sensiblement d'un tribunal à l'autre. Au-delà de la nécessaire interprétation au cas par cas pour ce type de notion juridique, il faut reconnaître que les critères ou facteurs d'interprétations sont variés. Faut-il par exemple aller au-delà des simples considérations économiques ? Suffit-il que deux investisseurs opèrent dans le même secteur, la même industrie ou soient en compétition ? Peut-on intégrer les aspects liés à la protection de l'environnement, de la santé, à l'impact sur les populations ? Les TBI qui répondent à ces questions ont le mérite d'assurer que tous les facteurs pertinents seront pris en compte par les tribunaux.

Dans l'affaire *Occidental c. Équateur* (décision CNUDCI),¹⁰¹ l'investisseur plaidait que l'expression « circonstances similaires » n'impliquait pas de comparer uniquement les sociétés opérant dans le même secteur, comme le secteur pétrolier, mais toutes les sociétés engagées dans l'exportation de tous biens tels que les fleurs, les minerais ou les fruits de mer. Le tribunal est allé dans le sens de l'investisseur en estimant que l'expression

« circonstances similaires » ne peut être interprétée au sens étroit que lui donne l'Équateur, dans la mesure où l'objectif du traitement national est de protéger les investisseurs par rapport aux producteurs locaux, ce qui ne saurait être fait en traitant exclusivement du secteur dans lequel cette activité particulière est entreprise.

Même s'il était question de l'obligation de traitement national dans cette affaire, les affirmations de principe du tribunal semblent indiquer que cette interprétation très large pourrait être valable pour la clause de la nation la plus favorisée.

Toutefois, l'interprétation des termes « circonstances similaires » ne suscite pas beaucoup d'intérêt au sein des tribunaux lorsque la clause NPF est invoquée pour importer les clauses plus favorables d'un TBI tiers. Ici, le fait d'être qualifié comme « investisseur » sous le traité de base semble être suffisant pour être considéré comme étant dans des circonstances similaires aux investisseurs des TBI tiers invoqués.¹⁰² Le fait que l'on soit en présence de potentiels investisseurs — donc hypothétiques — pourrait expliquer cette attitude des tribunaux.

4.6 Le caractère « non moins favorable » du traitement

Plusieurs tribunaux s'étant prononcés sur l'application de la clause NPF ont également eu à déterminer si le traitement invoqué par l'investisseur à son bénéfice était réellement « plus favorable » que celui qui lui avait été accordé par l'état d'accueil. En effet, les tribunaux considèrent que la clause NPF ne peut jouer que si la preuve d'un traitement moins favorable est apportée en comparaison avec un traitement plus favorable qui aurait été accordé aux investisseurs de pays tiers.

En la matière, l'interprétation de ce qui est « plus favorable » se fait évidemment au cas par cas. Toutefois, on peut noter des différences d'approches entre les tribunaux face au même type de traitement. C'est le cas lorsqu'il s'agit de comparer la possibilité offerte aux investisseurs étrangers de recourir aux tribunaux nationaux ou à l'arbitrage international. Il est intéressant de constater que plusieurs tribunaux ont estimé que la possibilité de recourir à l'arbitrage international, notamment sans avoir à passer d'abord devant les tribunaux nationaux, constituait un traitement « plus favorable ». Cette réponse leur apparaît si évidente qu'elle n'est pas souvent analysée en tant que telle dans les sentences arbitrales.

À l'opposé, au moins deux sentences arbitrales ont procédé à une analyse détaillée pour parvenir à une réponse divergente. Ainsi, dans l'affaire *Daimler c. Argentine*, la majorité du tribunal n'a pas été convaincu que « l'obligation de soumettre un litige devant les tribunaux étatiques » soit nécessairement moins favorable que l'offre de l'arbitrage international. La majorité a en effet constaté que « le temps moyen nécessaire pour régler les différends en matière d'arbitrage international peut être égal ou supérieur à celui des procédures judiciaires nationales ».¹⁰³

¹⁰¹ *Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Équateur*, Affaire LCIA no. UN3467, sentence du 1 juillet 2004, para. 173. Disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>

¹⁰² CNUCED. (2010). *Most favoured nation treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (p. 64).

¹⁰³ *Daimler c. Argentine*, *op cit.*, para. 245.



Pour évaluer le caractère moins favorable ou non, le même tribunal a estimé devoir considérer les deux traitements dans leur ensemble, en l'occurrence les clauses de règlement des différends dans leur totalité. Il s'agit d'une question importante, car un « avantage » particulier pourrait être contrebalancé par une limite dans le même traitement. Dans ce cas précis, la majorité du tribunal a remarqué que dans un cas le choix était donné entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage sans possibilité de bifurquer après (clause d'option irrévocable), alors que dans l'autre cas, le plaignant devait soumettre d'abord le litige aux tribunaux nationaux avant d'aller en arbitrage.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si le traitement « plus favorable » doit avoir été accordé aux investisseurs étrangers tiers avant ou après celui réservé à la partie plaignante. Il ressort de certaines sentences que seul le traitement plus favorable accordé ultérieurement aux tiers pouvait être invoqué. Ainsi, dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, le tribunal a choisi de considérer le traitement accordé dans le TBI Pakistan-Suisse (juin 1995) parce qu'il avait été conclu quelques mois après le traité de base Pakistan-Turquie (mars 1995).



5.0 Enjeux systématiques de la clause NPF pour la négociation des traités d'investissement

L'interprétation actuelle de la clause NPF par la majorité des tribunaux d'investissement suscite des interrogations d'ordre systématique. Il est tout à fait légitime que deux états signataires d'un traité d'investissement s'assurent que les investissements de leurs ressortissants ne feront pas l'objet de discrimination sur le territoire de l'autre partie signataire par rapport aux ressortissants de pays tiers. À ce titre, la clause NPF vise à instaurer les mêmes règles pour tous les investisseurs étrangers en concurrence dans un pays donné et ainsi éviter toute distorsion basée sur la nationalité.

Mais comme l'ont remarqué certains tribunaux¹⁰⁴ et commentateurs,¹⁰⁵ il est difficile de croire qu'au moment des signer les TBI, avant 2000, les états aient envisagé que la clause NPF puisse être utilisée pour importer des dispositions de TBI tiers, qu'il s'agisse de règles substantielles ou procédurales. Il est plus probable qu'ils se referaient au traitement directement accordé dans le pays d'accueil. Et comme l'a noté un tribunal, ils n'ont pas envisagé d'exclure comme exception, ce que les clauses n'incluaient pas de toute façon, selon eux :

Il semble plus probable que les états Parties contractantes, agissant comme ils le faisaient avant *Maffezini*, n'ont pas exclu explicitement des dispositions de règlement des différends internationaux entre investisseurs et états du champ d'application des clauses NPF tout **simplement parce qu'ils n'ont jamais considéré qu'une telle invocation de la clause soit possible**.¹⁰⁶

Cela dit, que penser du fait que plusieurs pays aient continué et continuent de signer des TBI avec la même formulation, bien après les controverses suscitées avec l'affaire *Maffezini* ? Cela signifie-t-il qu'ils acceptent ou endossent ces nouvelles interprétations ? Et pour ceux qui limitent dorénavant la portée de la clause NPF dans leurs récents traités, cela signifie-t-il qu'ils endossent les interprétations actuelles en ce qui concerne leurs anciens TBI ?

Les pays qui souhaitent limiter la portée de la clause NPF dans leur TBI devront d'une part penser à une solution pour les TBI anciens et les TBI nouveaux. Cela implique de choisir avec soin le langage approprié afin de traduire de manière claire et non équivoque leur interprétation pour tous les TBI conclus à ce jour. En particulier, ils devront être attentifs à ne pas laisser entendre qu'il s'agit d'un changement de position, mais bien d'une clarification. Tout comme avec la clause de TJE, il n'est pas facile de trouver la solution parfaite pour régler les problèmes posés par la clause NPF. Cela est d'autant plus vrai que certains pourraient estimer qu'il n'y aurait plus de présomption en faveur des états pour les clauses vagues conclues après les sentences divergentes des tribunaux. Ainsi, les pays qui ne reverraient pas leur approche dans leurs futurs TBI seraient censés se satisfaire de l'interprétation majoritaire des tribunaux rendus sur la base de leurs anciens traités. Mais un tel argument a été rejeté par certains tribunaux.¹⁰⁷ Dans tous les cas, il est plus prudent d'indiquer que les limites ou exceptions dans les récents traités reflètent une position constante des états parties.

Une autre question importante liée aux effets inattendus de la clause NPF concerne le « treaty shopping », déjà relevé par plusieurs tribunaux. Nous pouvons pousser plus loin la réflexion et se demander si la jurisprudence *Maffezini* ne conduit pas finalement à créer une discrimination entre les investisseurs étrangers précisément à cause de la clause NPF. En effet, un investisseur peut désormais utiliser la clause NPF pour élaborer un « super traité » en collant diverses dispositions des TBI de son pays d'accueil, en prélevant uniquement ce qui lui est favorable. Un tel traité, qui n'existe pas en réalité, favorise ainsi l'investisseur plus que les investisseurs protégés par chacun des TBI tiers dont des portions ont été importées.

¹⁰⁴ V. par exemple *Daimler c. Argentine, op. cit.*, para. 224.

¹⁰⁵ V. *CNUCED, op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁶ *Daimler c. Argentine, op. cit.*, para. 239. Accentuation ajoutée.

¹⁰⁷ C'est ce qui ressort par exemple du raisonnement du tribunal dans les affaires *Kilic c. Tadjikistan, op. cit.*, sections 7.8.1–7.8.10 et *ICS Inspection c. Argentine, op. cit.*, para. 99–101.



Enfin, l'enchevêtrement des réseaux de TBI dans le monde pose un défi de cohérence systémique. Comment assurer la cohérence d'une part entre les TBI des pays partenaires dans le monde et d'autre part au sein des TBI qu'un même pays a signés sur plusieurs décennies ? Ces défis sont particulièrement cruciaux dans le contexte actuel de la recherche d'une réforme globale du régime des traités d'investissement et de l'arbitrage d'investissement. La présence de la clause NPF et la manière dont elle a été interprétée ces dernières années constituent un potentiel obstacle aux réformes proposées à l'échelle globale ou d'un même pays. En effet, quel serait l'impact de ces réformes pour un pays, si les dispositions plus équilibrées de ses accords futurs, négociés avec soin et prudence, peuvent être finalement anéanties par l'importation dans ces nouveaux traités des clauses déséquilibrés des vieux traités de son réseau d'accord toujours existant ? En ce sens, la clause NPF pourrait supprimer les progrès et innovations faits par certains pays dans leurs traités d'investissement plus récents pour tendre vers un meilleur équilibre entre droits et obligations des investisseurs et des états. Tous les efforts des états pour négocier de meilleurs traités d'investissement pourraient être invalidés par la clause NPF, tel que l'interprètent désormais plusieurs tribunaux.



6.0 La réponse des états : limiter la portée de la clause NPF

L'analyse de la jurisprudence sur la clause NPF révèle l'importance pour les états signataires des TBI de faire particulièrement attention non seulement à la manière dont la clause NPF et ses exceptions sont rédigées, mais aussi au contenu du préambule. En d'autres termes, et pour toutes les dispositions des TBI, chaque mot compte.

Partant de ce constat, plusieurs états, en premiers lieux les grands pays exportateurs de capitaux, ont revu leur pratique de négociation en matière de TBI pour contrer les interprétations récentes de la clause NPF. La majorité de ces récents accords n'ayant pas encore été invoqués dans des arbitrages d'investissement, il reste encore à connaître l'interprétation qu'en feront les tribunaux à l'avenir avant de juger définitivement de leur efficacité.

6.1 L'exclusion des dispositions procédurales des autres accords

On l'a vu, la clause NPF est souvent invoquée pour importer des dispositions procédurales plus favorables des autres TBI de l'état d'accueil. Certains états ont donc voulu interdire cette possibilité en excluant le mécanisme de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF.

C'est le cas par exemple de l'article 3.2 du TBI Colombie-Royaume-Uni (2010) :

Le traitement le plus favorable à accorder dans des circonstances similaires visées dans le présent Accord **n'englobe pas les mécanismes pour le règlement des différends relatifs aux investissements**, tels que ceux contenus dans les articles IX et X du présent Accord, qui sont prévus dans les traités ou accords internationaux d'investissement.¹⁰⁸ [Traduction non officielle ; accentuation ajoutée]

On peut se demander ici si la position du Royaume-Uni a changé par rapport à sa pratique précédente, consistant au contraire à inclure expressément toutes les dispositions de ses TBI dans le champ d'application la clause NPF.

On peut citer également l'article 9.5.3 du Partenariat transpacifique (TPP) (2016) :

Pour plus de certitude, le « traitement » visé dans le présent article **n'englobe pas les procédures ou mécanismes de règlement des différends**, tels que ceux de la Section B (Règlement des différends investisseur-État). [Traduction non officielle ; accentuation ajoutée]

Il en est de même à l'article 5.4 du TBI Suisse-Géorgie (2014) :

Il est entendu que le traitement de la nation la plus favorisée visé aux al. (2) et (3) **ne s'applique pas aux mécanismes de règlements des différends** relatifs aux investissements prévus par le présent Accord ou par d'autres accords internationaux conclus par la Partie contractante concernée. [Accentuation ajoutée]

La présence de ce type d'exclusion est croissante dans les TBI, mais aussi les chapitres d'investissement des ALE récents.¹⁰⁹ Elle s'avère cependant partielle et laisse ouverte la possibilité d'importer les obligations substantielles d'autres traités.

6.2 L'exclusion de tout le contenu des traités passés

Une autre approche consiste en une exclusion du champ d'application de la clause NPF plus large, une tendance également croissante dans les traités et chapitres d'investissement récents.

D'une part, tout le contenu des autres traités, y compris les TBI ou les chapitres d'investissement, est ainsi exclu de la portée de la clause NPF ; en d'autres termes, les règles substantielles et procédurales sans distinction. D'autre

¹⁰⁸ V. aussi les traités suivants : ALE Chili-Colombie (2006), annexe 9.3 ; ALE Canada-Pérou (2008), annexe 804.1 ; ALE Canada-Colombie (2008), annexe 804.3 ; EPA Japon-Suisse (2009), article 88, ou TBI Chine-Canada (2012), article 5.3.

¹⁰⁹ V. par exemple : Accord Économique et Commercial Globale (AECG/CETA), 2016, article 8.7, para. 4 ; ALE UE-Vietnam (2016), article 4.6 ; Partenariat transpacifique (TPP), chapitre 9, article 9.5, para. 3 ; TBI Suisse-Tunisie (2012), article 5.5 ; CCIA-COMESA (2007), article 19.1.



part, seuls les accords signés ou entrés en vigueur avant le TBI sont exclus. L'exception n'englobe donc pas les traités futurs.

C'est le cas par exemple de l'annexe III.1 de l'APPI Canada-Burkina Faso (2015) :

L'article 5 (traitement de nation la plus favorisée) ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie en vertu des accords internationaux, bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur du présent accord ou signés avant celle-ci.

Ce type d'exclusion n'englobe pas les traités signés après l'entrée en vigueur du TBI concerné et implique que les états signataires adoptent à l'avenir une pratique cohérente dans la conclusion de leurs traités d'investissement.

Au départ, la pratique canadienne a été d'inclure une exception qui exclut uniquement les traités passés signés avant 1994. Une telle clause a été insérée dans plusieurs APPI, comme celui conclu avec le Bénin en 2013 (Annexe III.1 – Liste canadienne et béninoise) :

L'article 6 (traitement de nation la plus favorisée) ne s'applique pas au traitement accordé par le Canada en vertu d'un accord international bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé **avant le 1er janvier 1994**. [Accentuation ajoutée]

Cette exception limitée dans le temps n'a que peu d'utilité pour la plupart des pays qui ont conclu plusieurs TBI de première génération à la fin des années 1990 et au début des années 2000. Elle autorise donc les investisseurs à continuer d'importer des clauses déséquilibrées de ces traités. Cette pratique semble ne plus être à l'ordre du jour au regard des TBI signés par le Canada ces dernières années.

L'AECG/CETA entre le Canada et l'UE constitue un exemple d'Accord récent dans lequel les parties ont convenu d'exclure à la fois les règles procédurales, mais aussi substantielles de la portée de la clause NPF :

Pour plus de certitude, le « traitement » visé aux paragraphes 1 et 2 **n'inclut pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements** entre les investisseurs et prévus dans les autres traités internationaux d'investissement et d'autres accords commerciaux. **Les obligations substantielles dans d'autres traités internationaux d'investissement et d'autres accords commerciaux ne constituent pas en soi un « traitement »**, et ne peuvent donc donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie en vertu de ces obligations.¹¹⁰ [Accentuation ajoutée]

On notera que l'article commence par l'expression « pour plus de certitude » et pourrait indiquer que les deux états ont toujours ainsi inclus la clause NPF dans leurs traités d'investissement, y compris ceux qui ne prévoient pas explicitement cette exception. De même, les états pourraient alors envisager d'utiliser des termes tels que « les parties confirment que », « pour plus de certitude » ou « il est entendu que ». Cela peut permettre de contrer l'argument selon lequel en ajoutant ce type d'exception, ils acceptent a contrario le principe de l'importation des obligations substantielles ou procédurales par le biais des clauses vagues dans leurs anciens traités.

Cet article de l'AECG/CETA tente donc de limiter le champ d'application de la NPF. Toutefois, la formulation laisse subsister des zones d'ombres. En effet, on peut se demander dans quelles circonstances les obligations substantielles d'autres accords peuvent constituer finalement un « traitement », vu que l'article semble maintenir cette possibilité (à cause de l'expression « ne constitue pas **en soi** un traitement »). La mention d'une Partie n'ayant pas « adopté ou maintenu des mesures en vertu de ces obligations » augmente encore la difficulté d'interprétation. Il aurait été plus clair et simple de terminer l'article au niveau de l'expression « du présent article » et en supprimant les mots « en soi ».

¹¹⁰ AECG/CETA, 2016, article 8.7.4.



6.3 La non-inclusion d'une clause sur le traitement NPF

Face aux interprétations extensives de la clause NPF par les tribunaux d'investissement et la difficulté d'en limiter la portée avec certitude, certains pays envisagent tout simplement de ne plus inclure cette clause dans leurs futurs traités. Certains estiment également que la clause NPF n'est pas pertinente dans un contexte non multilatéral comme les TBI ou les ALE bilatéraux. Ainsi, le modèle de TBI de la SADC de 2012 recommande de ne pas inclure de clause NPF.¹¹¹ Le modèle de TBI indien de 2015 n'en contient pas.¹¹²

Cette position, a priori radicale, n'est pas contraire au droit international. En rappel, le traitement NPF n'est pas une obligation de droit international coutumier. Elle ne s'impose à un état que s'il s'y est engagé conventionnellement.

¹¹¹ SADC. (2012, juillet). SADC model bilateral investment treaty template with commentary (article 28.4). Disponible seulement en anglais: <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

¹¹² Gouvernement de la République de l'Inde. (2015, décembre). *Model text for the Indian bilateral investment treaty* (article 15.2). Disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.



7.0 Conclusion et recommandations

En conclusion, l'extension du jeu de la clause NPF pourrait se révéler sans fin si les états et les tribunaux n'y apportent pas, de manière uniforme et définitive, des limites. Les limites posées par la décision *Maffezini* elle-même ont déjà été écartées par certains tribunaux.

Il est possible de faire des recommandations d'ordre générales et spécifiques aux pays qui souhaitent se prémunir à l'avenir des effets non souhaités de la clause NPF.

7.1 Recommandations d'ordre général

Il est avant tout nécessaire d'adopter une position nationale cohérente sur la négociation des traités d'investissements en général et la clause NPF en particulier dans tous ses traités futurs. Cela suppose au minimum de déterminer si le pays souhaite continuer de signer des TBI et, dans l'affirmative, si la clause NPF pourra être incluse et sous quelle forme. Il est important à ce niveau de fixer les éléments non négociables sur la clause NPF, qu'il s'agisse de l'extension ou non à la phase pré-établissement ou du contenu des exceptions.

Dans tous les cas, il est prudent de ne pas s'engager dans de nouvelles négociations de traités d'investissement ou de finaliser trop rapidement celles qui sont en cours à un moment où les discussions pour une réforme systématique de l'univers des TBI et de l'arbitrage d'investissement sont en cours.

7.2 Recommandations spécifiques

Pour les traités existants avec des clauses vagues, les options sont la renégociation ou l'interprétation conjointe par les États signataires. À défaut, l'État concerné peut procéder à une interprétation unilatérale du traité ou à la dénonciation de l'accord à sa date d'expiration.

Pour les traités futurs, trois options principales sont disponibles. La première consiste, tout simplement, à ne plus inclure la clause NPF.

La seconde option consiste (1) à limiter la clause NPF à la phase post-établissement ; et (2) à limiter la portée de la clause pendant la phase post-établissement. Ces limitations peuvent être de trois ordres, à titre cumulatif :

- (i) En premier lieu, exclure tous les traités d'investissements antérieurs et/ou postérieurs de la portée de la clause NPF, qu'il s'agisse des règles substantielles ou procédurales, en commençant par l'expression « pour plus de certitude » ou une expression semblable.
- (ii) En second lieu, inclure l'expression « les circonstances similaires » comme comparateur et donner une liste indicative de facteurs à prendre en compte pour analyser le caractère « similaire ».
- (iii) En troisième lieu, prévoir des exceptions pour les organisations d'intégration régionale et les traités de non double imposition, mais exclure aussi des mesures et secteurs spécifiques sensibles pour l'état.

La troisième option, enfin, concerne l'hypothèse où le pays souhaite que la clause NPF couvre néanmoins la phase pré-établissement. Dans ce cas, il convient (1) d'appliquer les recommandations ci-dessus pour la phase post-établissement ; et (2) prévoir de manière cumulative :

- (i) Une libéralisation progressive de secteurs sélectionnés par le biais d'une liste (de préférence) positive ;
- (ii) immuniser toute la législation antérieure non conforme dans les secteurs libéralisés ;
- (iii) prévoir une liste de mesures ultérieures non conformes dans les secteurs libéralisés exclus de la portée de la clause NPF ; et
- (iv) Exclure toutes les obligations de la phase pré-établissement de l'arbitrage investisseur-États pour limiter les risques liés à la clause NPF.



Il convient de rappeler à nouveau qu'aucun État n'est tenu d'accorder des droits pré-établissement aux investisseurs étrangers sur son territoire dans un traité d'investissement. Il peut toujours libéraliser des secteurs de son économie par le biais du droit national.

©2017 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard, Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700
Website: www.iisd.org
Twitter: @IISD_news



IISD.org