

Table des matières

Introduction

1. Le recours à l'arbitrage par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (NPF)
 - 1.1 Les origines de la clause NPF
 - 1.2 Le principe de l'extension de la clause NPF aux règles de procédure
2. Conséquence de la mise en œuvre du principe d'extension devant le CIRDI
 - 2.1 L'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux
 - 2.1.1 La tendance à une confirmation du principe
 - 2.1.2 Les tempéraments au principe
 - 2.2 Les fluctuations relatives aux critères de compétence

Conclusion

Résumé

La clause de la nation la plus favorisée (NPF) exerce-t-elle un effet automatique quant à l'accès des parties aux mécanismes de règlement des différends? La question demeure récurrente et suscite actuellement beaucoup d'intérêt auprès des tribunaux arbitraux. Après une exégèse de la question, cet article propose une lecture croisée des différentes positions - tant doctrinales que jurisprudentielles - qui jusque-là, continuent d'alimenter la controverse. Il explore d'abord le potentiel d'extension de la clause NPF aux procédures arbitrales relatives à l'investissement. Il tente ensuite de cerner la connexité de cette extension par rapport à la problématique de l'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux.

Mode de référence : (2011) 1 B.D.E.
ISSN : 1923-1571 Bulletin de droit économique

La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes

Cosme Gosshé MEKPO*

Le 25 janvier 2000 prenait date dans l'histoire de l'arbitrage CIRDI la première décision (1) consacrant la possibilité d'étendre la clause de la nation la plus favorisée (NPF) aux dispositions conventionnelles relatives au règlement des différends. Les faits remontent à 1997, année où Emilio Augustin Maffezini, ressortissant chilien, a introduit un recours devant le CIRDI contre l'Espagne, pour violation du traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu par ce pays et la République Argentine le 3 octobre 1991 (2). La clause de règlement des différends du TBI Argentine-Espagne, sur le fondement duquel reposait la requête arbitrale, exigeait de l'investisseur la saisine préalable des juridictions internes et l'écoulement d'un délai de dix-huit mois destiné à donner à ces juridictions l'occasion de se prononcer sur le différend. Ces exigences n'étant pas satisfaites, Maffezini a invoqué la clause NPF pour pouvoir bénéficier des dispositions d'un traité conclu entre l'Espagne et le Chili (3) - ce dernier n'imposant pas le recours aux tribunaux internes, mais seulement le respect d'un délai de six mois entre la naissance du différend et la saisine du Centre. Pour sa défense, l'Espagne a invoqué le principe *ejusdem generis* et a soutenu que la clause NPF ne peut jouer que dans les matières envisagées par le traité de base. Selon lui, seuls les aspects substantiels du traitement - par opposition aux aspects procéduraux - peuvent être

étendus au bénéfice d'une clause NPF. Le Tribunal arbitral a refusé d'accueillir favorablement cet argument, faisant observer que les procédures de règlement des différends sont « indissociablement liées à la protection des investisseurs étrangers et [...] essentielles à la protection adéquate des droits (4) » qu'elles sont destinées à garantir.

Depuis cette décision, on assiste à une « ébullition » de la jurisprudence arbitrale CIRDI. Plusieurs autres décisions sont intervenues et alimentent la controverse sur la question de savoir si la clause NPF insérée dans le TBI applicable peut étendre ses effets aux dispositions relatives au règlement des différends d'un autre TVI, et cela, en l'absence de la manifestation expresse de la volonté des parties au Traité. Autrement dit, la clause NPF exerce-t-elle un effet automatique quant à l'accès des parties aux procédures arbitrales dont notamment celles instaurées par la Convention de Washington de 1965?

L'hypothèse la plus probante est qu'il y a désormais un retour à l'orthodoxie normative avec, notamment, la consécration d'« un standard international minimum de traitement » (5). La tendance à l'unification des corps de règles - tant de forme que de fond - se poursuit en vue d'une protection plus accrue de l'investissement. Les traités bilatéraux et régionaux prévoient désormais que l'investisseur puisse bé-

néficier soit du traitement national, soit du traitement de la nation la plus favorisée. Ces deux régimes sont généralement associés avec le traitement juste et équitable dont la fonction correctrice est à cet égard considérable : lorsque par exemple l'investisseur est en situation de monopole, le traitement juste et équitable permettra de lui accorder un traitement préférentiel commun; étant entendu qu'il n'y aurait pas de comparaison possible avec d'autres investisseurs étrangers pour lui accorder le traitement NPF (6). Ainsi, grâce à un jeu croisé, la clause NPF insérée dans un TBI peut désormais permettre à l'investisseur d'accéder à la compétence d'un tribunal arbitral.

Seulement, lorsqu'on se place dans la perspective de la partie étatique, l'application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends peut être différemment appréciée. Elle est notamment perçue comme une source d'instabilité et d'incertitude (7) d'où la pratique arbitrale faisait ressortir des risques de *forum shopping* (8). Il est dès lors indispensable de s'interroger davantage sur le potentiel d'extension de la clause NPF, ses virtualités et ses limites, le tout en rapport avec les règles de compétence et de procédure dont le dessein primordial est de parvenir à un équilibre entre les intérêts en présence.

Sous ce prisme, notre démarche consistera, dans un premier temps, à remonter aux origines d'un phénomène qui passe pour un "*Old problem, new look*" (9). Cela nous permettra, dans un second temps, d'en analyser la portée à peu de frais (10) et, à la lumière des faits, les situations et positions qui ont permis par-delà les controverses d'établir une pratique en voie de consolidation.

1. Le recours à l'arbitrage par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (NPF)

La clause NPF permet à son bénéficiaire de revendiquer l'octroi d'un traitement plus avantageux, accordé par l'État concédant à un État tiers, dans un traité. Son extension aux mécanismes de règlement des différends recouvre une dimension nouvelle qui a partie liée avec « l'arbitrage transnational unilatéral » (11) – c'est-à-dire la possibilité offerte à l'investisseur de saisir unilatéralement une juridiction arbitrale sur le fondement d'un TBI. Mais l'avènement de l'arbitrage par le biais de la clause NPF, dans le cadre du CIRDI, a surtout été favorisé par une combinaison de plusieurs facteurs : l'existence d'un réseau extrêmement dynamique de TBI (12), la propension à l'insertion des clauses indirectes dans les TBI et le développement spectaculaire du contentieux d'investissement (13). L'arbitrage, par le biais de la clause NPF, emprunte pour sa réalisation les mêmes voies que l'arbitrage unilatéral dont on peut dire qu'il est l'une des manifestations. Une analyse graduelle du contexte d'émergence et des conditions de mise en œuvre de l'arbitrage unilatéral (14) a conduit à un constat particulièrement significa-

tif quant à l'existence d'une relation de dépendance entre l'extension de la clause NPF et l'arbitrage unilatéral : « Il a été soutenu et reconnu dans au moins une décision que les conditions plus favorables d'accès à un arbitrage unilatéral données dans un traité avec un pays pouvaient être invoquées par les ressortissants d'autres pays dont le traité contient la clause NPF » (15).

Après ce survol du contexte d'émergence de l'extension de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends, il importe d'en rappeler les origines lointaines (1.1) pour mieux comprendre le fonctionnement d'un principe au fondement avéré (1.2).

1.1 Les origines de la clause NPF

Le recours à la clause NPF trouve ses premiers éléments au Moyen Âge dans les relations de paix entre les grandes cités commerçantes du bassin méditerranéen (16). C'est l'exemple du privilège accordé par l'empereur Henri III à la ville de Mantoue en 1055 (17). Cet accord garantissait à la ville bénéficiaire la jouissance des coutumes concédées de manière générale et impersonnelle aux villes tierces. Plusieurs années plus tard, les traités d'amitié, de commerce et de navigation firent leur apparition. La clause fut alors inscrite dans les traités de commerce des XII^e et XIII^e siècles avant sa généralisation à partir du XVII^e siècle en tant que règle fondamentale de l'organisation du commerce international (18). La clause NPF est alors consacrée par la pratique des États. Elle intègre d'abord la plupart des accords commerciaux puis devient, avec les clauses de traitement national et de traitement juste et équitable, des composants désormais classiques des TBI.

Depuis lors, la clause NPF est restée au cœur du débat sur la multilatéralisation du droit des investissements. Les principales raisons sont non seulement l'intérêt que suscite la clause auprès des nations en développement, mais également des difficultés liées à l'absence d'un accord multilatéral sur l'investissement. C'est surtout dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.) que se sont d'abord exprimés les contingences étatiques enregistrées à cet effet (19). Les réticences observées varient selon la position des États : on a pu dire que l'octroi du traitement favorable limiterait par exemple la capacité des pays en développement à soutenir leur propre production contre la concurrence des entreprises étrangères (20), ce qui aurait conduit certains pays du Sud à refuser de concéder le traitement favorable jusqu'à une époque récente : il s'agit par exemple de l'Iran, du Cambodge, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Sri Lanka et de la Chine (21). De leur côté, les pays du Nord s'avèrent soucieux de bien circonscrire le champ de la clause à travers la pratique de « liste négative », dont le but est de permettre aux États de se prémunir contre les risques d'une extension trop large de la clause. Dans le Traité qu'il a

conclu avec l'Arménie en 1997, par exemple, le Canada a fixé le bénéfice du traitement de la nation la plus favorisée à la période d'après l'établissement de l'investissement et a expressément prévu des « exceptions au traitement de la nation la plus favorisée » (22). Des considérations similaires prévalent en ce qui concerne les traités régionaux parmi lesquels l'ALENA et le Traité de la Charte de l'énergie.

Au-delà du fait qu'elle peut être le reflet de la dynamique actuelle des règles de protection, la clause NPF témoigne également d'une flexibilité qui lui permet de s'adapter à la volonté des parties. Mais la question sous-jacente à la pratique des listes négatives, ou plus exactement des exceptions à la clause NPF, reste probablement celle relative à la portée juridique de la clause et du principe même de son extension aux mécanismes de règlement des différends (23).

1.2 Le principe de l'extension de la clause NPF aux règles de procédure

Malgré leur ancienneté et leur fréquence, les clauses de traitement favorable peinent à accéder au rang des règles de droit international coutumier. Elles sont indistinctement qualifiées de « règles », « normes », « principes », « standards » ou même de « concepts » (24). Toutefois, leur force juridique ne se limite pas à ces différentes qualifications. Leur caractère obligatoire peut toujours résulter d'un engagement conventionnel exprès. En effet, il faut rappeler que, compte tenu de l'incertitude et des fluctuations apparentes qui caractérisent l'environnement juridique de l'investissement, le recours aux traités offre le triple avantage de la sécurité, de la précision et surtout du libre consentement des États concernés. Le droit conventionnel demeure cependant régi par le droit international général. Autant les États peuvent le moduler selon leurs besoins lorsqu'ils sont d'accord pour le faire, autant ils sont ensuite tenus de le respecter. Le tout réside dans la manière de formuler leurs engagements. À cet égard, certains auteurs ont fait remarquer qu'il était plus convenable de parler « des clauses » NPF que de la « la clause » NPF (25). Autrement dit, le champ d'application de la clause varie d'un instrument à un autre. D'où les nombreuses limitations conventionnelles ainsi que les restrictions qui peuvent découler de l'interprétation par les tribunaux du potentiel d'amplification dont dispose la clause (*infra*, 2.1). Et c'est justement à ce niveau que se pose la question cruciale de notre analyse : existe-t-il en droit international un principe consacrant l'application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends ?

Dans une étude récente consacrée à la question, Walid Ben Hamida a d'abord constaté qu'il existe une opinion relativement réservée qui doute de « l'application de la clause à la compétence et à la procédure », avant d'arriver à la conclusion que « le principe de l'application de la clause en cette matière est généralement admis » (26). Par cette affirmation,

l'auteur s'aligne sur la position des auteurs comme Sir Gerald Fitzmaurice, E. Ustor, le Baron B. Nolde, Armenag Salmaslin, J.-G Herod, Charles Rousseau, François Hepp, etc. (27). Les arguments développés par ces différents auteurs participent diversement de la thèse d'une confirmation du principe d'extension de la clause NPF aux question de procédure et de compétence juridictionnelle. L'un de ces arguments a trait au principe de l'interprétation stricte des exceptions. En l'absence d'une exception implicite à l'application de la clause NPF, il apparaît qu'« aucun avantage acquis par les tiers en vertu de conventions internationales ne saurait échapper à l'effet de la clause de la nation la plus favorisée » (28). Un autre argument a retenu notre attention : c'est celui de la difficile distinction entre ce qui relève du fond et ce qui relève de la forme. La coexistence des deux aspects est plutôt de mise, car, soutient l'auteur, « le recours à une juridiction déterminée n'est pas seulement une question de procédure, mais également une question de fond dans la mesure où il peut influencer la détermination du droit applicable au fond du litige. L'existence et l'étendue des droits substantiels des parties dépendraient donc largement du mécanisme de règlement des différends choisi » (29).

Cette position a reçu plusieurs cautions jurisprudentielles, tant au plan interne qu'au plan international. Sur le plan international, nous retiendrons essentiellement la décision rendue par la Commission d'arbitrage dans l'affaire *Ambatielos* (30) où a été abordée la question de l'application de la clause NPF à l'administration de la justice. Exerçant son droit de protection diplomatique, la Grèce a contesté la manière dont la justice avait été administrée devant les juridictions britanniques. Le procès était relatif à un contrat d'achat de bateau à vapeur conclu entre l'un de ses ressortissants, l'armateur Ambatielos, et la marine marchande britannique. Au cœur du débat, la question était de savoir si la clause NPF de l'article X du Traité de commerce et de navigation de 1886 entre le Royaume-Uni et la Grèce pouvait s'appliquer à l'« administration de la justice ». La Commission a considéré que, dans la mesure où elle intéresse la protection des commerçants, l'administration de la justice trouve sa place dans la matière relatives au commerce et à la navigation couvertes par la clause NPF (31). Dans une toute autre espèce, la CIJ a examiné la clause NPF afin de déterminer l'étendue de la juridiction consulaire que les États-Unis pouvaient exercer dans la zone française du Maroc (32). Dans cette affaire, il a été reconnu que « les États-Unis avaient acquis une juridiction consulaire additionnelle [...] par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée » (33).

On pourrait ajouter, à la suite de cette décision, l'affaire de *l'Anglo-Iranian Oil Company* (34) où la clause a été invoquée devant la CIJ, mais sans recevoir une suite quant à son application aux procédures de règlement des différends.

Voilà retracée la dimension historique de notre analyse. Une

lecture croisée des décisions arbitrales récentes pourra nous permettre de prendre la mesure du principe dont le fondement vient d'être dévoilé.

2. Conséquence de la mise en œuvre du principe d'extension devant le CIRDI

Le parallèle établi entre le mode de règlement des différends et le développement du contentieux n'est pas anodin. Si l'arbitrage unilatéral a été vite perçu comme une sorte de « banalisation » des recours contre l'État, c'est précisément à cause de ses conséquences sur la compétence des tribunaux arbitraux. La clause NPF apparaît ici comme un facteur amplificateur de ces conséquences (2.1), notamment grâce à un nivellement des exigences par le bas (2.2).

2.1 L'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux

La matière prend racine avec la confirmation par les tribunaux du principe posé par la décision *Maffezini* (2.1.1), et réside essentiellement dans les limites qui découlent des premières réactions qu'elle a suscitées (2.1.2).

2.1.1 La tendance à une confirmation du principe

Dans l'affaire *Maffezini*, les arbitres ont d'abord posé le principe de l'extension de la clause NPF aux règles de procédure arbitrale, avant d'indiquer que « le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure de faire échec à des considérations d'ordre public » (35). Cette limitation a fait l'objet de nombreuses critiques. L'objection la plus radicale provient de ceux qui défendent l'idée qu'à défaut d'une stipulation expresse des parties, la limitation serait sans fondement (36). Le débat reste ouvert sur cet aspect de la question, entre ceux qui prônent une extension automatique et les partisans d'une application restrictive de la clause.

À la suite de l'affaire *Maffezini*, plusieurs autres affaires ont permis aux arbitres de confirmer le principe de l'extension de la clause NPF aux règles de procédure. Il s'agit des affaires *Siemens* (37), *Gaz Naturel* (38), *Camuzzi International* (39), *National Grid* (40), *Suez Sociedad General* (41), *AWG Group* (42), *RosInvestCo* (43), *Société Générale* (44).

Dans la décision *Siemens*, le Tribunal arbitral a confirmé la possibilité d'invoquer la clause NPF pour échapper à l'obligation préalable de saisir les juridictions internes et l'attente d'un délai de dix-huit mois. Le Tribunal a estimé que l'accès aux mécanismes de règlement des différends fait partie de la protection offerte par le TBI. » Il a ensuite indiqué que le « traitement » est suffisamment large pour attirer, dans le champ d'application de la clause NPF, les dispositions relatives au règlement des différends d'un autre TBI. Se référant à la jurisprudence *Maffezini*, le Tribunal a relevé que l'obliga-

tion de recours préalable devant les juridictions locales pendant une période de dix-huit mois ne saurait être assimilée à l'exigence traditionnelle de l'épuisement des voies de recours internes. La décision *Siemens* a également essayé d'apporter une rectification à la sentence *Tecmed* (45) en rappelant que « le but de la clause NPF est d'éliminer l'effet de dispositions spécialement négociées sauf lorsqu'elles font l'objet d'une exclusion » (46).

Quant aux décisions *Gaz Naturel* et *Camuzzi International*, elles sont dans le sillage des décisions *Siemens* et *Maffezini*. On notera toutefois que dans l'affaire *Gaz Naturel*, le Tribunal arbitral a semblé confirmer les limites imposées par la jurisprudence *Maffezini* en vérifiant si l'obligation de saisir les tribunaux locaux pendant une période de dix-huit mois était compatible à l'ordre public (47).

Particulièrement plus libérale est la décision rendue dans le cadre de l'affaire *Suez, Sociedad General*. Dans cette affaire, les limites relatives à l'ordre public qui avaient été posées par les arbitres dans l'affaire *Maffezini* sont purement et simplement écartées dans leur principe (48).

En revanche, la sentence *RosInvestCo* nous semble particulièrement plus élaborée. Son principal apport a été de poser très clairement que le recours à l'arbitrage est lié à l'utilisation et à la jouissance de l'investissement. Elle affirme par conséquent qu'à moins d'une exception expressément prévue par le traité d'application, rien ne s'oppose à l'extension de la clause NPF aux droits procéduraux et au recours à l'arbitrage (49). Après avoir ainsi admis la portée juridictionnelle *lato sensu* du principe d'extension de la clause NPF, la sentence *RosInvestCo* a réintroduit le débat sur l'analogie entre « l'investisseur » et « l'investissement » dans la désignation du bénéficiaire de la clause NPF. Rappelons que dans cette affaire, le TBI de base Russie-Royaume-Uni faisait référence aux investisseurs comme bénéficiaires de la clause NPF. Or, à la faveur d'une mise en perspective des dispositions des traités liant l'État d'accueil, la demanderesse plaidait pour une interprétation – de la clause de règlement des différends contenue dans le traité russo-britannique – dans le sens libéral des dispositions d'un autre TBI conclu entre la Russie et le Danemark, ce qui lui a permis d'invoquer par la même occasion les dispositions relatives au règlement des différends du TBI russo-danois. Bien entendu, les débats ont achoppé sur les considérations relatives à la distinction entre les clauses NPF qui visent l'investissement et celles évoquant l'investisseur puisque le TBI russo-danois se réfère simultanément aux deux catégories de bénéficiaires (50). Si l'on a pu démontrer que la clause NPF visant l'investissement permet d'invoquer la notion large d'investissement prévue dans les TBI avec les États tiers (51), il demeure que la distinction entre « investisseur » et « investissement » semble en pratique perdre tout intérêt. La décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *Société Générale* illustre bien ce

constat. La demanderesse a invoqué la clause NPF du TBI France-République Dominicaine pour emprunter une définition large de l'investissement prévue dans l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale. Le Tribunal arbitral a rejeté cet argument, estimant qu'en soi l'entreprise d'une définition de l'investissement sortait du champ d'application de la clause NPF prévue dans le TBI de base (52). Cette décision appelle à une précaution quant au maniement du principe d'extension de la clause NPF en ce qu'elle prend soin de vérifier si le TBI de base ne contenait pas une exception excluant – du domaine de la clause NPF – sa mise en œuvre par les dispositions du traité d'emprunt, ce qui, dans le cas d'espèce, s'est avéré, car le TBI de base prévoit expressément d'exclure du domaine de la clause NPF les privilèges accordés en vertu d'un accord de libre-échange, d'une union douanière, d'un marché commun ou de tout autre accord d'intégration économique et régional (53).

Mais l'affirmation du principe réside également dans les limites de son application.

2.1.2 Les tempéraments au principe

Dans cette série de décisions figure en première ligne la sentence *Tecmed* (54). La préoccupation centrale était de savoir si la clause NPF visait les dispositions relatives à l'application dans le temps du traité d'investissement. Le TBI Mexique-Espagne qui a fondé la demande d'arbitrage ne prévoyait pas son application aux litiges survenus avant son entrée en vigueur. Pour pallier cette non rétroactivité, *Tecmed* a invoqué, par le biais de la clause NPF, d'autres dispositions plus favorables prévues dans d'autres traités d'investissement qui, eux, visaient les litiges antérieurs. Le Tribunal a rejeté cet argument et a estimé que la clause NPF du TBI Mexique-Espagne ne pouvait suffire, en application de la jurisprudence *Maffezini* pour écarter des dispositions essentielles qui, plus que des questions de procédure ou de juridiction, ont fait l'objet de négociations spécifiques de la part des parties contractantes (55). La sentence *Tecmed* apporte ainsi une nouvelle limitation à la mise en œuvre de la clause NPF en indiquant que les dispositions relatives au règlement des différends sont des dispositions « essentielles » qui ne peuvent pas être écartées en invoquant la clause NPF (56).

D'une toute autre facture sont les décisions intervenues dans les affaires *Salini* (57) et *Plama* (58). Dans l'affaire *Salini*, les demanderesse ont carrément voulu étendre le domaine de l'arbitrage État-investisseur fixé par le TBI entre la Jordanie et l'Italie. L'article 9(2) du traité excluait de la compétence du tribunal arbitral les contrats conclus entre un investisseur et une entité publique. Pour pouvoir soumettre leur réclamation contractuelle contre une entité publique jordanienne, les demanderesse ont invoqué la clause NPF comme fondement à la compétence du tribunal. Elles ont alors soutenu que les mécanismes de règlement des différends des TBI

conclus par la Jordanie avec les États-Unis et le Royaume-Uni étaient plus favorables dans la mesure où ils ne connaissent pas de restrictions semblables. Le Tribunal affirme qu'il « partage les préoccupations exprimées par certains à propos de la solution adoptée dans l'affaire *Maffezini* ». Mais il ajoute craindre que les précautions prises par les auteurs de cette décision ne soient, en pratique, difficiles à appliquer, ce qui ne ferait qu'ajouter plus d'incertitude au risque de « *treaty shopping* » (59).

Dans l'affaire *Plama*, la prétention du demandeur était d'échapper aux effets de la très limitative clause de règlement des différends du TBI applicable pour se prévaloir, par le jeu de la clause NPF, des clauses d'arbitrage plus larges acceptées par la Bulgarie dans d'autres traités d'investissement – et qui permettraient la soumission du différend à l'arbitrage d'un tribunal CIRDI. Le tribunal arbitral a rejeté toute assimilation de la clause NPF à une clause d'arbitrage par référence et a prescrit une autonomie de la clause de règlement des différends par rapport à la clause NPF. Il a ensuite conclu qu'« une clause de la nation la plus favorisée d'un traité de base n'incorpore pas, par référence, en tout ou en partie, les clauses de règlement des différends d'autres traités sauf si la clause de la nation la plus favorisée du traité de base ne laisse aucun doute quant à l'intention des parties contractantes de l'incorporer » (60).

Quoique restrictive, cette construction a emporté l'adhésion d'un autre tribunal arbitral constitué dans le cadre du CIRDI. Alors que les demanderesse invoquaient la clause NPF pour élargir le champ de compétence du tribunal arbitral qui, selon les dispositions du TBI de base, se limitait à certains types de contentieux, les arbitres investis de l'affaire *Telenor* ont déclaré approuver sans réserve la position exprimée dans la décision *Plama*. La sentence *Telenor* a été rendue le 13 septembre 2006 en application du TBI Norvège-Hongrie (61). Sans remettre en cause le principe de l'extension du jeu de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, elle en limite la portée, le Tribunal arbitral ayant expressément indiqué que "*in the present case, the MFN clause cannot be used to extend the Tribunal's jurisdiction to categories of claim other than expropriation, for this would subvert the common intention of Hungary and Norway in entering into the BIT in question*" (62).

En définitive, il convient d'observer que dans cette seconde série d'affaires, les prétentions des demandeurs sont parfois très ambitieuses. Toutefois, même si les motivations des sentences et leur portée ne doivent pas être exagérées, il paraît que les arbitres ont voulu prendre leur distance vis-à-vis de la jurisprudence *Maffezini* en réprochant le caractère automatique du principe d'extension de la clause NPF.

2.2 Les fluctuations relatives aux critères objectifs de compétence

L'extension de la clause NPF peut influencer sur les critères classiques de compétence. Deux considérations soutiennent ce constat. D'abord, la notion d'investissement telle qu'elle est définie par le TBI de base ou le TBI servant de fondement à la clause NPF. Ensuite, la nationalité de l'investisseur et/ou de l'investissement peut varier selon les modulations retenues par le TBI applicable. Celui-ci peut désigner soit l'investisseur, soit l'investissement, soit encore les deux simultanément, comme bénéficiaires de la clause NPF.

Si nous considérons que le développement précédent (§ 2.1.1 *in fine*) permet d'avoir une vue globale sur ce premier aspect de la question, il serait inutile de rappeler que la problématique d'une définition de l'investissement demeure, et que celle-ci renvoie à une prolifération des sources ainsi qu'à une multiplicité de conceptions dont certaines sont parfois difficiles à concilier (63). Restera alors le second point de la question qui peut être décliné en plusieurs étapes.

En effet, c'est de sa nationalité que dépend l'habilité de l'investisseur à invoquer la clause NPF à des fins d'arbitrage. L'article 25 de la Convention du CIRDI prévoit à cet égard d'exclure de son champ d'application les litiges concernant « toute personne qui [...] possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend » (64). Remarquons également que la nuance introduite par cette disposition est de facture particulière, notamment en ce qui concerne les personnes morales : est considérée comme ressortissante d'un autre État contractant « toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties ont convenues, aux fins de la [...] Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers » (65).

La difficulté qui émerge de la mise en œuvre de cette disposition est directement liée à son caractère permissif, c'est-à-dire à la possibilité pour l'investisseur – personne morale – d'acquérir la nationalité d'un autre État à des fins juridictionnelles en raison du contrôle exercé par les intérêts étrangers. À cela s'ajoute la prévalence des clauses d'exclusion dans les TBI en vue de décourager d'éventuels *forums shopping* d'incorporation pouvant permettre à un investisseur de bénéficier d'un régime de faveur propre à d'autres TBI (66). Toutes ces difficultés préfigurent l'analyse des variables d'interprétation en droit général selon que le bénéficiaire désigné de la clause NPF, contenue dans le TBI applicable, est une personne physique ou une personne morale. Plus intéressantes à cet égard sont les considérations relatives à

l'attribution de la nationalité devant les tribunaux arbitraux, notamment en ce qui concerne les critères de cette attribution (67).

Conclusion

La résurgence de la clause NPF, dans le champ restreint de la procédure arbitrale CIRDI, découle du problème plus général de l'adaptation du droit procédural au rythme de transformation des relations d'investissement. Elle procède également d'un besoin d'unification des règles qui régissent la matière de l'investissement. Grâce à la prolifération des TBI, dont la plupart incorporent les clauses « indirectes », la clause NPF contribue à renforcer le recours systématique contre l'État institué par l'arbitrage unilatéral. Comme un nain juché sur des épaules d'un géant, l'extension de la clause NPF aux règles de procédure permet à l'arbitrage transnational unilatéral d'exercer un effet additionnel sur l'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux. Dès lors, les tempéraments apportés par certains tribunaux quant à l'affirmation du principe d'extension automatique de la clause NPF sont plutôt bienvenus.

On observera toutefois que les solutions d'espèce de non-application du principe ne doivent pas être interprétées comme la négation de son existence. Ses fondements juridiques étant avérés, les restrictions posées par les tribunaux méritent d'être reconsidérées en vue d'une prise en compte symétrique des intérêts des parties.

Au total, on peut dire que le droit moderne des investissements – au raffermissement duquel participent les TBI, les traités régionaux ainsi que les sentences arbitrales – consacre une tendance dans l'air du temps. L'extension de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends est probablement la réponse la plus actuelle à la préoccupation d'une harmonisation des règles d'encadrement de l'investissement international.

* Cosme Gosshé Mekpo, L.L.M.
Candidat au doctorat en droit
Faculté de droit
Université Laval
(mekpo.cosme@gmail.com)

© Cosme Gosshé Mekpo 2011

Mode de référence : (2011) 1 B.D.E.

ISSN : 1923-1571 Bulletin de droit économique

Notes de bas de page

- (1) *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, ICSID/ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Review-FILJ*, 2001, p. 207; *ILR* 2003, n°124, pp 1-61, www.worldbank.org/icsid; v. les obs. de E., GAILLARD, *JDI*, 2005, p. 161 et s.; *JDI*, 2007, p. 298 et s.; v. également W., Ben HAMIDA, «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?», *JDI*, 2007, pp. 1127-1162; J., CAZALA, «Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral», *Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais, Recueil Nov-Déc.*, 2007, pp. 3880-3882; F., ORREGO-VICUÑA, «Bilateral investment treaties and the most-favored-nation clause: implication for arbitration in the light of recent ICSID case», in G. KAUFMANN-KHOLER et B. STRUCK, *Investment treaties and arbitration*, ASA Special series n°19, 2002, pp. 133-144; B. STERN, ICSID arbitration and the States's increasingly remote consent: A propos the Maffezini case, in *Law in the service of human dignity: essays in honour of Florentino Feliciano*, éd. By S. CHARNOVITZ, D.-P. STEGER et P. Van den BOSSCHE, Cambridge 2005, pp. 247-260; C. CRÉPET DAIGREMONT, «Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international», in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Ch., LEBEN (dir.), LGDJ, Paris, 2006, pp. 107-162.
- (2) [Accord de promotion et de protection des investissements entre l'Espagne et la République Argentine du 3 octobre 1991](#).
- (3) [Accord de promotion et de protection des investissements entre l'Espagne et le Chili](#).
- (4) § 54 de la décision, *supra* n°1.
- (5) V. F., HORCHANI, «Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation», in *JDI*, n°2, 2004, pp. 367-415.
- (6) *Ibid.*, p. 388.
- (7) Tel que cela ressort de l'attitude des États de l'Amérique centrale qui ont tenu à spécifier, dans l'[Accord de libre échange](#) qui les lient aux États-Unis, que la clause NPF ne devrait pas englober les mécanismes de règlement des différends et qu'elle ne pouvait pas raisonnablement mener à une conclusion similaire à celle de l'affaire *Maffezini*.
- (8) Sentence *Telenor Mobile Communications AS c/ République de Hongrie*, sentence du 13 septembre 2006, ICSID case n°ARB/04/15, obs. E. GAILLARD, *JDI*, 2007, p. 298 et s.; v. également W. Ben HAMIDA, *supra* n° 1 à la p. 1137.
- (9) F. ORREGO-VICUÑA, *supra* n°1.
- (10) C'est-à-dire, en se plaçant loin de la fronde doctrinale et des présupposés conceptuels qui dominent la matière (v. *supra* n° 1, voir également W., Ben HAMIDA «La clause de la nation la plus favorisée : le show continue», in *GAZETTE DU PALAIS - Recueil* Novembre-Décembre 2008, p. 3867; B., POULAIN, «Clause de la nation la plus favorisée et clause d'arbitrage investisseur-État : est-ce la fin de la jurisprudence *Maffezini* ?», *Bul. ASA* 2007, p. 290).
- (11) W., Ben HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral, Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003; voir également J., PAULSON, «Arbitration without privity», *ICSID Rev.*, 1995, n°2, p. 232; A., PRUJINER, «L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?», *Rev. Arb.*, 2005, pp. 63-99; E. GAILLARD, «L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements», *Rev. Arb.*, 2003, n°3, pp. 853-875; Ch.-E., CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Collection Mondialisation et droit international, Bruyart, Bruxelles, avec la collaboration des Éditions Yvon Blais, 2007, p. 238.
- (12) Selon la CNUCED, on compte aujourd'hui plus de 2608 TBI se rapportant à plus 176 pays dans le monde. À cela s'ajoutent les conventions de double imposition (2730) et les accords de libre-échange et de coopération économique ayant des dispositions relatives à l'investissement (plus de 254) (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2008 : Les sociétés transnationales et leurs rôles dans les infrastructures, Vue d'ensemble*, Nations Unies, New York et Genève 2008, p. 10).
- (13) Depuis l'affaire *Asian Agricultural Products (AAPL) c. Republic of Sri Lanka* (sentence CIRDI du 27 juin 1990) qui est la première affaire enregistrée sur la base d'une convention bilatérale, on compte aujourd'hui au moins 258 demandes d'arbitrage devant le CIRDI (cf. E., GAILLARD, *JDI*, n°1, 2008, p. 312).
- (14) A., PRUJINER, *supra* n°11 aux p. 63-99.
- (15) *Ibid.*, p. 77.
- (16) Les références classiques sur le fondement historique de la question sont notamment : J.-R. HEROD, *Favored Nation Treatment. An analysis of the Most Favored Nation Clause with commentaries its uses in Treaties of commerce and navigation* : New York, 1901; A. SALIMASLIAN, *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, 1921; ITO, *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, 1930; B., B., NOLDE, «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels», *R.C.A.D.I.*, 1932(39), p. 25 & s.; B., B., NOLDE, «Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation» (Rapport), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1934, 414-472; E. SAUVIGNON, *La clause de la nation la plus favorisée*, Presses Universitaires de Grenoble, 1972; voir également les récents travaux de : W., Ben HAMIDA, *supra* n°1; C. CRÉPET DAIGREMONT, *supra* n°1.
- (17) B., B., NOLDE, «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels», *R.C.A.D.I.*, 1932 (39), p. 25.
- (18) C. CRÉPET DAIGREMONT, *supra* n°1 à la p. 108.
- (19) Il faut rappeler que, s'il faut considérer le champ de la clause, elle oblige l'État concédant à accorder un traitement préférentiel aux États bénéficiaires, si elle l'accorde à l'un d'eux. Or, comme l'écrivait le professeur DUPUY, avec la pleine réciprocité des concessions entre les parties contractantes, la «multilatéralisation des échanges (...) a transformé la clause, norme de droit relationnel classique, en élément moteur d'un fédéralisme économique en voie d'universalisation» (DUPUY, préface à la thèse de SAUVIGNON, *supra* °16 à la p. II).
- (20) C. CRÉPET DAIGREMONT, *supra* n°1 à la p. 109.
- (21) *Ibid.*, p.110.
- (22) Le texte de l'[Accord de promotion et de protection des investissements entre l'Arménie et le Canada](#) est disponible en ligne.
- (23) La fine trame de cette problématique se retrouve dans le questionnaire ci-après de Antonio R. PARRA: «[i]t may be asked whether an investor covered by a BIT between the home and the host States of the investor could, through the MFN clause of the BIT, take advantage from an allegedly more favourable arbitration clause in a BIT between the host State and a third State. The answer to this question may depend on whether the MFN clause can be construed as automatically conferring on covered investors the advantages to which it relates and whether the treatment covered by the MFN clause encompass procedural as well as substantive treatment », (A. PARRA, *Provisions on the settlement of investment disputes in modern investments law, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investment*, *ICSID Review* 1997, p. 338, note de bas de page n°224).
- (24) C. CRÉPET DAIGREMONT, *supra* n°1 à la p. 108.
- (25) *Ibid.*, p. 113.

- (26) W., Ben HAMIDA, *supra* n°1 aux p. 1127-1162. Telle est également la position récemment adoptée par l'auteur, qui confirme à partir d'une étude consacrée aux dispositions du GATS, l'applicabilité de la clause NPF aux procédures arbitrales prévues dans les TBI. (W., Ben HAMIDA, MFN and Procedural Rights: Solutions from WTO Experience ?, in T. WEILER, (éd.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2008, pp. 231-246.). Notons par ailleurs qu'en ce qui concerne le fond, la pratique arbitrale confirme la portée substantielle de la clause NPF (cf. affaire *Rumeli Telekom AS & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/ Kazakhstan*, ICSID/ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, [décision du comité ad hoc le 25 mars 2010](#))
- (27) W., Ben HAMIDA, *supra* n°1 aux p. 1147 -1151.
- (28) B., B., NOLDE, «Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation» (Rapport), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1934, p. 430.
- (29) W., Ben HAMIDA, *supra* n°1 à la p. 1150.
- (30) Commission d'arbitrage, *Ambatielos*, 6 mars 1956 (Grèce c/ Royaume-Uni), *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII, 1963, p. 83 à 153.
- (31) *Ibid.*
- (32) CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc – France c/ États-Unis*, Fond, 27 août 1952, Rec., p. 176 à 214.
- (33) *Ibid.* p. 190.
- (34) CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company, Royaume-Uni c/Iran*, Exception préliminaire, 22 juillet 1952, Recueil, p. 93 à 115.
- (35) § 62 de la décision, *supra* n°1.
- (36) V. les observations de, E. GAILLARD, *JDI*, 2007, p. 308 et s.
- (37) *Siemens AG c/ Argentine*, décision du 3 août 2004, ICSID Case n° ARB/02/8, obs. E. GAILLARD, *JDI*, 2005, pp. 157-163.
- (38) *Gaz Naturel SDG SA c/ Argentine*, décision sur la compétence, 17 juin 2005, obs. E. GAILLARD, *JDI*, 2006, p. 230.
- (39) *Camuzzi International SA c/ Argentine*, [décision sur la compétence du 10 juin 2005](#), ICSID case ARB/03/7.
- (40) *National Grid PLC c/ Argentine*, [décision sur la compétence du 20 juin 2006](#).
- (41) *Suez Sociedad General de Aguas de Baecelona, SA & Vivendi Universal SA c/ Argentine*, ICSID/ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, voir aussi ICSID/ARB/03/19, [décision sur la compétence du 3 août 2006](#).
- (42) *AWG Group Ltd. c/Argentine*, [décision sur la compétence du 03 août 2006](#).
- (43) *RosInvestCo UK Ltd c/ Fédération de Russie*, SCC Case N° Arb. V079/2005, [décision sur la compétence rendue en octobre 2007](#).
- (44) *Société Générale c/ République dominicaine*, UNCITRAL/LCIA case n° UN7927, [décision sur la compétence du 19 septembre 2008](#).
- (45) *TECMED c/ Mexique*, Sentence du 29 mai 2003, ICSID case n° ARB (AF)/00/2:ILM 2004, p. 133; Pour un rappel des faits voir *Infra au § 2.1.2*.
- (46) § 106 de la décision, *supra* n°37.
- (47) § 30 de la décision, *supra* n° 38.
- (48) § 52 et ss. de la décision, *supra* n° 41.
- (49) § 124 et ss. de la sentence, *supra* n° 43.
- (50) En désignant expressément «tous les différends pouvant naître entre un investisseur et un État contractant [...] en relation avec un investissement».
- (51) W. Ben HAMIDA, *supra* n° 10 à la p. 3869.
- (52) V. les arguments contraires de W. Ben HAMIDA, *ibid.*, p. 3869 et s.
- (53) V. l'article 4(2) du TBI France-République Dominicaine ([texte intégral de la Convention](#))
- (54) *TECMED c/ Mexique*, Sentence du 29 mai 2003, ICSID case n°ARB (AF)/00/2:ILM 2004, p. 133.
- (55) § 74 de la décision, *ibid.*
- (56) Dans le même sens voir, W. Ben HAMIDA, *supra* n°1 à la p. 1130.
- (57) *Salini c/ Jordanie*, décision sur la compétence du 15 novembre 2004, ICSID case n°ARB/02/13, obs. E., GAILLARD, *JDI*, 2005 p. 182 et s.
- (58) *Plama c/ Bulgarie*, décision sur la compétence du 8 février 2005, ICSID case n°ARB/03/24. obs. E., GAILLARD, *JDI*, 2006, p. 283-287.
- (59) § 115 de la décision, *supra* n° 57.
- (60) § 199-200 de la décision, *supra* n° 58.
- (61) Voir le [texte de la convention](#).
- (62) § 100 de la décision, *supra* n°8.
- (63) Sur l'état de la controverse, voir P., KAHN, « Les définitions de l'investissement international », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, Mélanges Dominique Carreau et Patrick Juillard, Pedone*, Paris 2009, pp. 11-15; E., GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, Mélanges Dominique Carreau et Patrick Juillard, Pedone*, Paris 2009, pp. 17-32; F., HORCHANI, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, Mélanges Dominique Carreau et Patrick Juillard, Pedone*, Paris 2009, pp. 33-48; W., Ben HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais, Recueil Nov.-Déc.* 2007, pp. 3873-3880; F. Yala, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé » in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), LGDJ, Paris, 2006, pp. 281-305; B., POULAIN, «L'investissement international, définition ou définitions», in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, RCADI, 2007, pp. 123-150; I., FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Liber Amicorum Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 259 et s.; S., MANCIAUX, *Investissement étrangers et arbitrage entre ressortissants d'autres États : Trente années d'activités du CIRDI*, Paris, Litec, 2005, pp. 43-102; C., G., MEKPO, *La notion d'investissement en droit international*, Mémoire de DEA de l'Université de Genève, soutenu en février 2006 (inédit); N., RUBINS, N., *The notion of investment in international investment arbitration, in Arbitration foreign investment disputes*, N. Horn, éd. 2004, p. 322; A. BENCHENEB, « Sur l'évolution de la notion d'investissement », in *Souveraineté étatique et marché internationaux à la fin 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, année, 2000. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 177-196.
- (64) Article 25(2)(a) de la Convention, [le texte intégral de la Convention](#) est disponible sur le site de la Banque mondiale.
- (65) Article 25(2)(b) de la Convention.
- (66) A., PRUJINER, *supra* n°11 aux p. 80-81.
- (67) Pour plus de détails sur cet aspect de la question, v. notre Mémoire de DEA, cité *supra* n° 63.