

**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE  
ET LE DÉVELOPPEMENT**

**TRAITEMENT DE LA  
NATION LA PLUS  
FAVORISÉE**

**Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs  
aux accords internationaux d'investissement II**



**NATIONS UNIES  
New York et Genève, 2010**

**NOTE**

Organisme du système des Nations Unies chargé des activités relatives à l'investissement et à la technologie et forte de trente années d'expérience en ces domaines, la CNUCED s'emploie, par l'intermédiaire de sa Division de l'investissement et des entreprises (DIAE), à faire mieux comprendre un certain nombre de questions clefs, en particulier celles qui concernent l'investissement étranger direct (IED). La DIAE aide les pays en développement à attirer l'IED et à en tirer parti en améliorant leurs capacités de production, en renforçant leur compétitivité internationale et en faisant mieux connaître le lien entre l'investissement et le développement durable. Elle met l'accent sur une approche intégrée de l'investissement et du développement des entreprises.

Dans la présente étude, le terme «pays» s'entend également, selon qu'il convient, de territoires ou de zones. Les appellations employées et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les désignations de groupes de pays ne sont utilisées que pour des raisons de commodité statistique ou analytique et n'expriment pas nécessairement de jugement quant au degré de développement atteint par tel ou tel pays ou zone.

Les signes typographiques ci-après ont été utilisés dans les tableaux:

Deux points (..) signifient que les données ne sont pas disponibles ou ne sont pas fournies séparément.

Dans le cas où aucune donnée n'était disponible pour l'ensemble des éléments composant une ligne d'un tableau, celle-ci a été omise.

Un tiret (-) signifie que l'élément considéré est égal à zéro ou que sa valeur est négligeable.

Tout blanc laissé dans un tableau indique que l'élément considéré n'est pas applicable.

Une barre oblique (/) entre deux années, par exemple 1994/1995, indique qu'il s'agit d'un exercice financier.

---

Le trait d'union (-) entre deux années, par exemple 1994-1995, indique qu'il s'agit de la période tout entière, y compris la première et la dernière année.

Sauf indication contraire, le terme «dollar» s'entend du dollar des États-Unis d'Amérique.

Sauf indication contraire, les taux annuels de croissance ou de variation sont des taux annuels composés.

Les chiffres ayant été arrondis, leur somme et celle des pourcentages figurant dans les tableaux ne correspondent pas nécessairement aux totaux indiqués.

Le texte de la présente étude peut être cité sans autorisation, sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

UNCTAD/DIAE/IA/2010/1
-----------------------

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
-------------------------------

Numéro de vente 10.II.D.19
----------------------------

ISBN 978-92-1-112814-7
------------------------

Copyright © Nations Unies, 2010  
Tous droits réservés  
Imprimé en Suisse

### PRÉFACE

La présente publication s'inscrit dans le cadre d'une série d'éditions révisées – ou suites – de la «Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement» de la CNUCED. La première génération de cette collection (également appelée «Collection rose») a été publiée entre 1999 et 2005 dans le cadre du programme de travail de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement (AII). Elle se proposait d'aider les pays en développement à participer aussi efficacement que possible à la définition des règles régissant l'investissement international aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral et multilatéral, et s'attachait à présenter des analyses équilibrées des questions pouvant se poser dans le cadre des discussions portant sur les AII. Elle est devenue depuis un outil de référence classique des négociateurs d'AII, des décideurs, du secteur privé, des milieux universitaires et d'autres parties prenantes.

Depuis la publication de la collection rose, le monde des AII a prodigieusement changé. Les AII se sont multipliés, et leur nombre continue de croître, encore qu'à un rythme moins rapide. Par ailleurs, l'impact des AII a évolué. Un grand nombre de règlements de litiges entre investisseurs et États ont mis au jour des conséquences indirectes imprévues – et en partie inopportunes – des AII. Donnant lieu à des interprétations larges – et parfois contradictoires –, le processus d'interprétation arbitrale a créé un nouvel environnement d'apprentissage pour les pays et, en particulier, pour les négociateurs d'AII. Les questions liées à la transparence, à la prévisibilité et à la marge d'action se sont hissées au premier rang des préoccupations. Le débat s'est également focalisé sur l'objectif consistant à garantir la cohérence entre les AII et d'autres domaines de l'action publique, y compris les politiques visant à relever des défis mondiaux tels que la protection de l'environnement (changements climatiques) ou la santé et la sécurité publiques. Enfin, la dynamique de fond des conditions contractuelles de l'investissement international a changé. L'augmentation des flux Sud-Sud d'IED et le rôle croissant des pays émergents en tant qu'investisseurs à l'étranger – y compris dans le monde développé – commencent à modifier le contexte et le cadre général de la négociation des AII.

Les suites se proposent d'examiner la manière dont les questions abordées dans la Collection rose ont évolué, en se focalisant plus

---

particulièrement sur les pratiques contractuelles et le processus d'interprétation arbitrale. Chacune des suites contient les mêmes éléments essentiels, à savoir: a) une introduction replaçant la question traitée dans un contexte élargi; b) un état de situation sur la pratique des accords et les sentences arbitrales; et c) une section sur les options qui se présentent aux négociateurs d'AII, qui y trouveront des indications sur la manière d'établir de nouvelles clauses permettant de mieux tenir compte des besoins de développement des pays d'accueil et de renforcer la stabilité et la prévisibilité de l'ordre juridique.

Les mises à jour sont conceptualisées comme des suites; autrement dit, elles visent non à remplacer, mais à compléter les études de la collection rose. Elles seront plus détaillées que ces dernières et ne se contenteront pas de fournir des informations. Conformément au mandat de la CNUCED, elles s'emploieront à analyser l'impact des AII sur le développement et à renforcer la contribution de ces derniers au développement. La mise au point de ces suites prévoit un processus rigoureux d'examen par des spécialistes, processus favorisé par les enseignements tirés collectivement et le partage des données d'expérience. Il s'agit d'assurer la participation d'un large éventail de parties prenantes et de recueillir les idées et les préoccupations de l'ensemble de la société.

Le texte définitif de ces suites est mis au point par Anna Joubin-Bret et produit par une équipe dirigée par Jörg Weber et placée sous la supervision générale de James Zhan. Les autres membres de l'équipe sont Bekele Amare, Suzanne Garner, Hamed El-Kady, Jan Knörich, Sergey Ripinsky, Diana Rosert, Claudia Salgado, Ileana Tejada, Diana Ruiz Truque et Elisabeth Tuerk.

La présente publication est basée sur une étude établie par Alejandro Faya-Rodríguez et Anna Joubin-Bret. Elle a été examinée et a bénéficié d'observations lors d'une réunion du groupe spécial d'experts sur les principaux enjeux de l'évolution du système de règles internationales en matière d'investissement, que la CNUCED a organisée en décembre 2009 et à laquelle ont participé de nombreux experts et professionnels en la matière. Elle a aussi bénéficié, dans le cadre du réseau d'experts de la CNUCED en matière d'AII, d'un débat en ligne sur la question du traitement de la nation la plus favorisée.



Novembre 2010

Le Secrétaire général de la CNUCED  
Supachai Panitchapki

---



---

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>PRÉFACE</b> .....	<b>iv</b>
<b>SIGLES ET ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>x</b>
<b>RÉSUMÉ</b> .....	<b>xi</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>I. EXPOSÉ DE LA QUESTION</b> .....	<b>9</b>
<b>A. Contexte historique</b> .....	<b>9</b>
<b>B. Définition, finalité et portée des clauses de traitement NPF</b> .....	<b>13</b>
1. Définition .....	13
2. Finalité des clauses NPF .....	13
<b>C. Nature juridique de la clause de traitement NPF</b> .....	<b>21</b>
1. Il s'agit d'une obligation conventionnelle qui doit être inscrite dans un accord particulier.....	21
2. Il s'agit d'une norme relative .....	23
3. Elle est régie par le principe <i>ejusdem generis</i> .....	23
4. Elle exige une base légitime de comparaison.....	25
5. Elle concerne une discrimination fondée sur la nationalité .....	27
6. Elle exige la constatation d'un traitement moins favorable .....	27
7. Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle.....	28
8. Elle opère différemment de la règle NPF s'inscrivant dans un contexte de commerce.....	29
9. Elle doit être interprétée à la lumière des principes généraux de l'interprétation des accords .....	30
<b>II. ÉTAT ET ANALYSE DE LA SITUATION</b> .....	<b>35</b>
<b>A. Champ d'application du traitement NPF dans les accords d'investissement</b> .....	<b>36</b>
1. Phases d'investissement visées .....	36
2. Investissements et/ou investisseurs .....	41
3. Exceptions .....	43
4. Conditions et restrictions.....	51
<b>B. La clause NPF et l'incorporation par renvoi de clauses de protection de fond provenant d'autres accords d'investissement</b> .....	<b>56</b>

1. Incorporation par renvoi de normes de protection de fond «plus favorables» .....	56
2. Incorporation par renvoi de clauses de protection qui sont absentes de l'accord de base .....	57
3. Modifier le champ d'application de l'accord: <i>ratione temporis</i> et <i>ratione materiae</i> .....	58
4. Élimination de dispositions de l'accord de base .....	60
5. Comparaison du traitement: le traitement «dans des circonstances similaires» et la détermination du meilleur traitement .....	60
<b>C. Le traitement NPF et l'incorporation par renvoi de clauses procédurales provenant d'autres accords.....</b>	<b>63</b>
1. Règles concernant l'«admissibilité».....	64
2. Règles «juridictionnelles» .....	69
<b>D. Réaction des États concluant des accords d'investissement: rétrécir la portée de la clause NPF .....</b>	<b>80</b>
<b>III. ÉVALUATION ET OPTIONS.....</b>	<b>87</b>
<b>A. Incidences pour l'examen des politiques nationales de traitement NPF par les négociateurs et les décideurs .....</b>	<b>90</b>
<b>B. Options d'action publique.....</b>	<b>95</b>
1. Définir le champ d'application de la clause de traitement NPF .....	95
2. Gérer l'interaction avec les autres accords .....	98
3. Clarifier le champ d'application de la clause NPF par l'ajout de restrictions .....	102
4. Exclure la clause de traitement NPF .....	105
5. Composer avec le passé tout en préservant l'avenir .....	106
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>109</b>
<b>CASES AND ARBITRAL AWARDS.....</b>	<b>115</b>
<b>SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT .....</b>	<b>121</b>
<b>QUESTIONNAIRE .....</b>	<b>129</b>

#### TABLEAUX

Tableau 1. Récapitulatif des réclamations au titre de la clause NPF .....	78
---	----



---



---

## ENCADRÉS

Encadré 1. Exemples des premières clauses NPF .....	9
Encadré 2. Le traitement NPF dans le GATT .....	11
Encadré 3. Définition du concept de «traitement» .....	15
Encadré 4. Le projet d'articles sur le traitement NPF et le principe <i>ejusdem generis</i> .....	24
Encadré 5. Convention de Vienne sur le droit des traités.....	30
Encadré 6. TBI Mexique/Royaume-Uni (2006).....	37
Encadré 7. TBI Allemagne-Jordanie (2007) .....	38
Encadré 8. Traité sur la Charte de l'énergie (1994) .....	39
Encadré 9. ALE entre l'Amérique centrale, la République dominicaine et les États-Unis d'Amérique (CAFTA) (2004) .....	41
Encadré 10. Accord d'association entre l'Union européenne et le Maroc (1996) .....	42
Encadré 11. TBI Australie-Uruguay (2002).....	43
Encadré 12. TBI Chine-Lettonie (2006) .....	44
Encadré 13. TBI République tchèque/Paraguay (2000).....	45
Encadré 14. TBI Égypte-Allemagne (2005) .....	46
Encadré 15. APIE type du Canada (2004) .....	47
Encadré 16. ALE Canada-Pérou (2008).....	48
Encadré 17. Accord d'investissement global de l'ASEAN (2009) .....	49
Encadré 18. APE Japon-Suisse (2009).....	50
Encadré 19. ALE Chine-Pérou (2009) .....	51
Encadré 20. APE Japon-Malaisie (2006) .....	53
Encadré 21. APPI bilatéral type de l'Inde (2003) .....	54
Encadré 22. TBI Argentine-Espagne (1991).....	54
Encadré 23. TBI El Salvador/Royaume-Uni (1999) .....	55
Encadré 24. TBI Maroc-Sénégal (2006) .....	55
Encadré 25. Exemples de clauses NPF limitant l'incorporation par renvoi .....	81
Encadré 26. ALE Canada-Pérou (2008).....	82
Encadré 27. APE Japon-Suisse (2009).....	82

**SIGLES ET ABRÉVIATIONS**

<b>ABI</b>	Accord bilatéral d'investissement
<b>ACR</b>	Accord commercial régional
<b>AELE</b>	Association européenne de libre-échange
<b>AGCS</b>	Accord général sur le commerce des services
<b>AII</b>	Accord international d'investissement
<b>ALE</b>	Accord de libre-échange
<b>ALENA</b>	Accord de libre-échange nord-américain
<b>APE</b>	Accord de partenariat économique
<b>CDI</b>	Commission du droit international
<b>CDI</b>	Convention sur la double imposition
<b>CIJ</b>	Cour internationale de Justice
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<b>CLE</b>	Commission du libre-échange
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<b>DIAE</b>	Division de l'investissement et des entreprises (CNUCED)
<b>GATT</b>	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<b>IED</b>	Investissement étranger direct
<b>NPF</b>	Nation la plus favorisée
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce
<b>ORIE</b>	Organisation régionale d'intégration économique
<b>RDIE</b>	Règlement des différends entre investisseurs et États
<b>STN</b>	Société transnationale

## RÉSUMÉ

La règle de la nation la plus favorisée (NPF) s'est inscrite dans le contexte du commerce international – où elle se voulait une réponse aux engagements que les États inscrivent dans les accords de libre-échange (ALE) à l'effet d'accorder un traitement préférentiel en matière d'accès aux marchés pour les biens et les services – avant d'être intégrée aux accords internationaux d'investissement (AII). Toutefois, s'agissant de l'investissement international, qui se situe à l'intérieur des frontières, la règle NPF opère différemment. Dans les premiers TBI, le traitement national n'était pas accordé de manière systématique; l'inclusion de la règle NPF a donc été généralisée pour faire en sorte que même si l'État d'accueil n'accordait pas le traitement national, il accorderait à l'investisseur étranger protégé un traitement non moins favorable que celui qu'il accordait à un investisseur étranger tiers, et l'investisseur étranger protégé bénéficierait du traitement national dès que l'État d'accueil accorderait ce traitement. De nos jours, l'écrasante majorité des AII comporte une clause NPF accompagnant la clause de traitement national, le plus souvent dans une seule et même disposition.

Sur le plan juridique, les principales caractéristiques de la clause NPF sont les suivantes:

- Il s'agit d'une **obligation conventionnelle** qui doit être inscrite dans un accord particulier.
- Elle exige de comparer le traitement qui est accordé à deux investisseurs étrangers dans des circonstances similaires. Il s'agit par conséquent d'une **norme relative** qui doit s'appliquer à des **situations objectives similaires**.
- Elle est régie par le **principe *ejusdem generis***, car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte.
- Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle, de sorte qu'elle ne fait nullement obligation à un État d'accorder à d'autres investisseurs étrangers les incitations ou privilèges spéciaux qu'il a accordés par voie de contrat à un investisseur particulier.
- L'établissement d'une violation de cette règle exige la constatation d'un **traitement moins favorable** ayant pour fondement ou pour origine la **nationalité** de l'investisseur étranger.

- Dans la pratique, la violation ou le non-respect de la règle NPF n'ont pas suscité de controverses en soi. Toutefois, une application imprévue de la règle NPF figurant dans les accords d'investissement a suscité un débat qui n'a toujours pas trouvé sa conclusion et qui a engendré des décisions différentes et parfois discordantes de la part des tribunaux arbitraux. Cette application de la règle NPF consiste à incorporer par renvoi des clauses de règlement des différends provenant d'accords conclus avec des tiers qui sont jugés plus favorables pour régler les questions d'admissibilité ou de compétence liées à une requête, par exemple pour éliminer une exigence préliminaire à l'arbitrage ou pour élargir le champ de compétence.

Dans ce contexte, et en vue de fournir des options éclairées aux négociateurs et aux décideurs, la présente étude retrace l'évolution des clauses NPF figurant dans les AII. Elle examine également certaines sentences arbitrales concernant les différends qui ont suivi l'affaire *Maffezini c. Espagne* (2000), la première dans laquelle une clause NPF a fait l'objet de cette application imprévue.

La section I de l'étude explique la nature du traitement NPF et certains des principaux enjeux que posent les négociations le concernant, notamment sa portée et son application pour la libéralisation et la protection de l'investissement étranger dans la pratique récente des accords. Les dispositions relatives au traitement NPF s'inscrivent à différentes phases (différents stades) de l'investissement et peuvent s'appliquer à la phase préinvestissement et/ou la phase postinvestissement. Le régime NPF peut s'appliquer aux investisseurs et/ou à leurs investissements, et les accords prévoient généralement des exceptions; il peut s'agir soit d'exceptions à caractère systémique (organisation régionale d'intégration économique (ORIE) ou fiscalité), soit d'exceptions nationales touchant les engagements préétablissement.

L'analyse effectuée dans la section suivante vise à déterminer si et à quelles conditions un tribunal arbitral peut appliquer la clause NPF inscrite dans un AII pour modifier la protection et les conditions matérielles rattachées aux droits que cet accord confère aux investisseurs quant à l'établissement et à la conduite d'activités sur le territoire d'un État d'accueil. Sauf quelques exceptions notables, les tribunaux arbitraux ont généralement fait preuve de circonspection lorsqu'il s'est agi d'incorporer par renvoi des dispositions matérielles provenant d'autres accords, surtout

lorsque ces dispositions étaient absentes de l'accord de base ou qu'elles modifiaient le champ d'application expressément négocié pour ce dernier.

Pour ce qui est d'incorporer par renvoi des dispositions de procédure figurant dans d'autres accords, notamment des dispositions concernant le RDIE, les tribunaux arbitraux ont emprunté des chemins divergents. Dans une série d'affaires, ils ont retenu l'argument invoqué par le requérant, à savoir qu'on peut recourir à une clause NPF qui prévaudrait ainsi sur une exigence de procédure conditionnant le recours à l'arbitrage. Sur une question légèrement différente, celle des exigences juridictionnelles, ils ont toutefois statué, dans certaines affaires, qu'on ne pouvait établir la compétence simplement en incorporant par le jeu d'une clause NPF des dispositions provenant d'un autre accord.

Enfin, l'étude fournit des options de politique publique en ce qui concerne l'application traditionnelle du traitement NPF au préinvestissement et/ou au postinvestissement, aux investisseurs et/ou aux investissements. Elle recense les exceptions à caractère systémique relatives aux ORIE et aux conventions fiscales, ainsi que les mesures utilisées dans les AII pour éviter d'élargir les engagements souscrits en vertu d'autres arrangements. Selon la pratique récente des accords, les États peuvent soit continuer d'accorder le bénéfice de la règle NPF à toutes les phases d'un investissement, soit en limiter l'application aux activités postétablissement des investisseurs.

Par ailleurs, l'étude présente les réactions des États à l'utilisation large et imprévue du traitement NPF et fournit plusieurs options de formulation dont les suivantes: circonscrire le champ d'application du traitement NPF à certains types d'activité, préciser la nature du «traitement» au titre de l'AII, clarifier la comparaison qui doit être effectuée par le tribunal arbitral tout en la restreignant à des «circonstances similaires». Des options sont également fournies aux États qui souhaitent autoriser ou interdire expressément le recours à la règle NPF pour incorporer par renvoi des dispositions matérielles ou procédurales provenant d'autres accords. La dernière option consiste à éviter d'accorder le traitement NPF, compte tenu de l'application variable et incertaine qui peut en être faite en cas de différend.

En plus de recenser des options pour une nouvelle génération d'AII, l'étude traite de l'approche à adopter face aux clauses NPF des accords

existants, qui reposent sur plusieurs modèles différents. L'une des options possibles consiste à clarifier au niveau bilatéral ou même unilatéral, sous forme de déclarations interprétatives, la portée et l'application des clauses NPF figurant dans les AII.

## INTRODUCTION

En 1999, lorsque la CNUCED a publié la première édition de l'étude sur le traitement de la nation la plus favorisée – dans le cadre de sa collection consacrée aux questions relatives aux accords internationaux d'investissement (AII), la vaste majorité des accords conclus antérieurement par les États comportait une disposition par laquelle chacune des Parties contractantes accordait le traitement NPF aux investisseurs (et/ou aux investissements) de l'autre partie. Il s'est toutefois produit des évolutions majeures depuis lors, tant au niveau de la pratique des accords qu'à celui des interprétations arbitrales (CNUCED 1999a).

Même si elle constitue un aspect coutumier du droit international public et de la pratique des accords, l'inclusion de la règle NPF dans le droit économique international a fait son apparition dans le contexte du commerce international; elle se voulait une réponse aux engagements que les États inscrivent dans les accords de libre-échange (ALE) à l'effet d'accorder un traitement préférentiel en matière d'accès aux marchés pour les biens et les services. Le traitement NPF est devenu le pilier central du système commercial international en faisant en sorte que les pays membres ne fassent pas de discrimination entre leurs partenaires commerciaux. Il a été défini comme la «pierre angulaire» du système de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>1</sup> et comme le «principe fondamental» de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) (OMC 2004).

Dans le cadre des AII, le traitement national est la norme de traitement essentielle qui garantit aux investisseurs étrangers des conditions de concurrence égales à l'intérieur des frontières de l'État d'accueil. Le traitement NPF constitue dans ces accords une norme de traitement secondaire. D'une manière générale, il a précédé l'octroi du traitement national par les États d'accueil et représente une garantie supplémentaire d'égalité et de non-discrimination. Les premiers accords bilatéraux d'investissement (ABI) ne comportaient généralement pas d'engagements en matière de traitement national: les pays adoptaient le régime NPF pour faire en sorte que dès son octroi en vertu d'un autre accord, le traitement national s'applique également aux investisseurs protégés par les accords antérieurs.

Le TBI classique se focalise sur la protection des investisseurs ainsi que des investissements effectués dans le respect des lois et règlements du pays d'accueil; il octroie le traitement national et le traitement NPF aux investisseurs et aux investissements dès leur établissement. Toutefois,

certains types de TBI, et plus généralement les accords de libre-échange et accords de partenariat économique (APE), prévoient aussi la libéralisation des flux d'investissement. Dans cette optique, ils accordent aux investisseurs étrangers le traitement national et le traitement NPF à la phase préinvestissement, c'est-à-dire le droit d'effectuer un investissement dans des conditions non moins favorables que celles qui s'appliquent aux ressortissants du pays d'accueil (traitement national) ou aux ressortissants de tout pays tiers (traitement NPF). Selon cette approche, le traitement NPF et le traitement national (mais plus particulièrement ce dernier) sont les normes de traitement qui sous-tendent les engagements inscrits dans les AII à l'effet de réduire les obstacles à l'entrée des investissements étrangers et de lever les restrictions connexes; leur application est donc essentielle pour favoriser la libéralisation.

En discutant de la règle NPF dans le contexte des AII, les négociateurs privilégiaient les considérations d'économie ou de politique publique, par exemple le champ d'application (investisseurs/investissements ou pré/postinvestissement), ainsi que le recours aux exceptions (génériques ou nationales), y compris les dispositions visant à sauvegarder des arrangements préférentiels régionaux et à éviter les «bénéficiaires sans contrepartie» qui pourraient chercher à s'en prévaloir. La règle NPF n'était généralement pas considérée comme un sujet de controverse, et les préoccupations des négociateurs ainsi que des administrateurs chargés des investissements tenaient davantage à l'interprétation et l'application potentielles d'autres règles et d'autres normes.

L'application du traitement NPF par les tribunaux arbitraux pour résoudre les questions de compétence dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) n'a pas été envisagée dans la négociation ni la mise en œuvre des AII – et en particulier des TBI, qui en constituent la majorité – avant qu'un investisseur argentin n'introduise en 2000 une requête à l'encontre du Royaume d'Espagne (affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>2</sup>, voir la section II.C.2). En 1990, dans la première requête au titre d'un TBI, soit l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>3</sup> (voir la section II.B.), le requérant a tenté d'invoquer une norme de responsabilité de fond empruntée d'un accord conclu avec un tiers, mais comme la tentative a échoué, l'application de la règle NPF n'a pas suscité beaucoup d'attention.

La décision sur la compétence dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* a mis en lumière la possibilité d'appliquer la règle NPF aux clauses de règlement



des différends investisseur-État, suscitant ainsi un vif débat qui n'a toujours pas connu son dénouement. La décision *Maffezini* est la première d'une série de décisions arbitrales portant sur l'application de la règle NPF pour incorporer par renvoi des clauses de règlement des différends provenant d'accords conclus avec des tiers que les requérants jugent plus favorables. Certaines des requêtes visaient à élargir le champ d'application des clauses tandis que d'autres, comme dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* elle-même, étaient centrées sur l'élimination d'une exigence préliminaire à l'arbitrage. Les décisions en question ont avivé le débat encore davantage, d'autant plus que les tribunaux se sont montrés plutôt inconstants dans leur raisonnement et leurs conclusions. Par conséquent, les États ont commencé à réagir ou à exprimer leur préoccupation face à l'incertitude grandissante.

Après l'affaire *Maffezini c. Espagne*, des requérants ont aussi tenté d'invoquer la clause NPF de l'accord de base (accord conclu entre leur État national et l'État d'accueil visé par la requête en arbitrage) pour demander une protection de fond plus favorable. Par exemple, ils ont tenté d'incorporer par renvoi une clause de traitement juste et équitable qu'ils ne pourraient invoquer dans les mêmes conditions en vertu de l'accord de base, ou encore de remplacer une règle de protection assortie de restrictions figurant dans l'accord de base par une disposition de même nature, sans restrictions, inscrite dans un accord conclu avec un tiers.

L'univers des accords bilatéraux d'investissement, qui comprend à ce jour plus de 2 700 accords, accuse un morcellement extrême et un manque de constance qui résultent principalement du processus de négociation des accords<sup>4</sup>. Jusqu'ici, les tribunaux arbitraux ont adopté des approches différentes et parfois discordantes. La possibilité qu'un AII comporte des engagements de protection moins rigoureux ou plus rigoureux que d'autres est donc une réalité concrète pour de nombreux pays qui ont signé de tels accords avec différents partenaires. Il importe de bien comprendre la manière dont les tribunaux arbitraux ont appliqué la règle NPF pour incorporer par renvoi un traitement supposément meilleur, puis de déterminer si cette conséquence des accords était souhaitée ou non. Il importe aussi d'évaluer comment la pratique des accords a évolué et dans quelle mesure les États ont réagi au débat sur le traitement NPF. Les États pourraient ainsi:

- Prendre des décisions plus éclairées en **matière** de formulation et de négociation (champ plus précis, libellé, exceptions et autres aspects des clauses NPF);
- Gérer leurs engagements **internationaux** (par la négociation, la renégociation, la publication d'interprétations conjointes ou d'autres moyens tels que les déclarations unilatérales); et
- Connaître les arguments **susceptibles** d'être admis ou rejetés dans un contexte d'arbitrage.

Il convient, d'abord, de souligner que l'accès des investisseurs étrangers à l'arbitrage international – prévu dans les clauses de règlement des différends d'une vaste majorité d'accords internationaux d'investissement – est une caractéristique particulière qui n'a pas d'équivalent dans les autres sphères du droit économique international. Cet avantage conféré aux investisseurs étrangers est extraordinaire sur le plan juridique car il déroge au principe du droit international coutumier selon lequel toute action ou mesure d'un État doit être contestée devant ses juridictions nationales. En droit international coutumier, c'est seulement après que l'investisseur a épuisé toutes les voies de recours locales que l'État dont il a la nationalité – mais jamais l'investisseur lui-même – peut tenter un recours contre l'État d'accueil. Déroger à ce principe de base du droit international entraîne des conséquences importantes, car la responsabilité internationale des États est engagée. Il n'est donc pas surprenant que le fait d'élargir la base de l'arbitrage international (résultat d'un consentement explicite) en appliquant les clauses de traitement NPF ait suscité un débat et des préoccupations au niveau des États.

Il convient également de rappeler ici que les dispositions des AII en ce qui concerne le règlement des différends investisseur-État visent essentiellement à indemniser les investisseurs pour le préjudice et les pertes résultant des actes ou des mesures d'un État. Dans la plupart des affaires liées au traitement NPF, les tribunaux ont fait une application directe du traitement supposément meilleur, plutôt que de constater une violation et d'accorder une indemnisation pour le préjudice qui en découle. Il n'appartient peut-être pas aux tribunaux d'investissement d'appliquer des engagements ou d'en garantir le respect. Par exemple, ils ne pourraient pas recourir à une clause NPF pour forcer un État d'accueil à admettre un investissement; ils pourraient seulement accorder une indemnisation pour

le préjudice subi, dès lors que l'existence d'une libéralisation sélective et discriminatoire serait établie.

Dans le contexte de l'investissement international, le débat actuel n'est pas centré, en soi, sur les allégations de violation ou de non-respect de la règle NPF. Il se focalise plutôt sur la possibilité pour les requérants de choisir dans un accord conclu avec un tiers des dispositions supposément plus favorables sous l'angle de la protection ou du règlement des différends et, ce faisant, de déroger à l'accord de base ou d'en modifier les dispositions. Certaines sentences arbitrales et certains commentateurs ont désigné cette application de la clause NPF comme la «recherche de l'accord le plus favorable». Dans son acception générale, ce terme s'entend d'un investissement qui est structuré ou mis en place dans un pays donné afin de récolter les avantages d'un accord sur la double imposition ou (plus rarement) d'un TBI, alors qu'en réalité l'investisseur a peu ou pas d'activités commerciales dans le pays en question. Toutefois, dans le contexte du traitement NPF, le terme «recherche de l'accord le plus favorable» désigne la pratique consistant à incorporer par renvoi des dispositions d'accords conclus avec des tiers conclus avec le pays d'origine de la STN; il ne présuppose pas, en soi, une connotation négative<sup>5</sup>.

D'une manière générale, les régimes d'investissement internationaux et nationaux ont évolué vers une certitude et une prévisibilité accrues des conditions qui régissent l'entrée et l'activité des investisseurs étrangers sur le territoire des États d'accueil. La multiplication des différends entre investisseurs et États depuis le début des années 2000 et l'interprétation des AII par les tribunaux arbitraux (même si cette interprétation ne constitue pas une source formelle du droit international) ont jeté un certain éclairage sur la teneur réelle et l'application pratique de ces accords. Il reste que dans le cas du traitement NPF, les sentences arbitrales n'ont pas fourni des orientations claires aux négociateurs des accords ni à leurs bénéficiaires; elles ont plutôt engendré des décisions contradictoires (que ne justifiaient pas nécessairement les différences de libellé) et des perceptions conceptuelles différentes du mode de fonctionnement du régime NPF. Les États qui négocient et concluent des AII, les décideurs qui façonnent les politiques d'investissement et les investisseurs qui investissent à l'étranger et y mènent des activités sont en quête de prévisibilité quant à la portée de leurs engagements et de leurs avantages. Les négociateurs doivent savoir à l'avance quelles obligations ils contractent effectivement lorsqu'ils incluent

une règle NPF dans leurs AII. S'agissant de l'arbitrage, les États comme les investisseurs s'inquiéteraient à juste titre s'ils constataient que le même argument peut être retenu un jour et rejeté le lendemain. Le débat en cours sur la portée et la teneur du régime NPF revêt donc une importance particulière.

Par conséquent, pour présenter des options éclairées aux négociateurs et aux décideurs, la présente étude tente de cerner l'évolution des clauses NPF figurant dans les AII. Elle examinera également certaines sentences arbitrales dans le contexte des différends qui ont suivi l'affaire *Maffezini c. Espagne* (2000). La section I décrit le traitement NPF et certains des principaux enjeux qui se posent dans les négociations connexes. Elle analysera la finalité du traitement NPF ainsi que sa portée et son application à la libéralisation et la protection des investissements étrangers dans la pratique récente des accords, en plus de faire un survol des qualificatifs juridiques dont la règle NPF est assortie dans les accords internationaux d'investissement.

Plus précisément, l'étude explorera la pratique récente des accords et analysera l'application du traitement NPF aux différentes phases (différents stades) de l'investissement. Elle examinera la portée du traitement NPF aux phases préétablissement et/ou postétablissement de l'investissement, les différentes approches adoptées dans les AII pour l'application du traitement NPF aux investisseurs et/ou à leurs investissements, ainsi que les exceptions auxquelles il est fait recours pour limiter la portée des clauses NPF, qu'il s'agisse des exceptions à caractère systémique (organisation régionale d'intégration économique (ORIE) ou fiscalité) ou des exceptions nationales touchant les engagements préétablissement.

L'analyse effectuée dans la section suivante vise à déterminer, à la lumière de sentences arbitrales récentes, si et à quelles conditions l'application de la clause NPF inscrite dans un AII peut modifier la protection et les conditions fondamentales des droits qu'un tel accord confère aux investisseurs en ce qui concerne l'établissement et la conduite d'activités sur le territoire de l'État d'accueil.

L'étude s'appuiera ensuite sur la pratique récente des accords pour cerner les réactions des États et la manière dont la règle NPF a été appliquée et interprétée jusqu'ici dans le contexte des AII.

La dernière section analysera les incidences de l'application de la clause NPF et ses effets possibles sur la conception et la mise en œuvre de la politique de développement du pays d'accueil. Après avoir examiné les objectifs généraux du traitement NPF dans le contexte des AII, ainsi que les conséquences et la valeur globales des engagements NPF de libéralisation et de protection liant les États qui concluent de tels accords, l'étude proposera des options aux négociateurs dans l'optique de la concordance et de la mise en œuvre de leurs objectifs et priorités d'action publique. Elle présentera aussi certaines options axées sur le régime des AII et sur les moyens auxquels les États souhaiteront peut-être recourir pour appréhender, clarifier, circonscrire ou renforcer davantage l'impact des clauses NPF sur ce régime.

#### NOTES

- <sup>1</sup> Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire Canada – Automobiles, 31 mai 2000, par. 69; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire CE – Préférences tarifaires, 7 avril 2004, par. 104; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire États-Unis – Article 211 de la loi générale portant ouverture de crédits, 2 janvier 2002, par. 297.
- <sup>2</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision du Tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000.
- <sup>3</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. la République de Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale, 27 juin 1990.
- <sup>4</sup> Pour une analyse de l'univers des TBI/IIA, voir CNUCED 2010, p. 81 à 90.
- <sup>5</sup> Voir aussi Teitelbaum 2005, McLachlan 2007, Muchlinski 2007, Rubins 2008.



## I. EXPOSÉ DE LA QUESTION

### A. Contexte historique

L'origine des clauses de traitement NPF remonte au XII<sup>e</sup> siècle, mais c'est aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles qu'elles sont devenues un élément coutumier de nombreux traités d'amitié, de commerce et de navigation. Les premières clauses, de portée très large, s'appliquaient à un vaste éventail de questions telles que les «droits, privilèges, immunités et exemptions» en matière de négoce, de commerce et de navigation, ou les «obligations et prohibitions» concernant les navires ainsi que l'importation ou l'exportation des marchandises, comme en témoignent les exemples figurant dans l'encadré 1.

#### **Encadré 1. Exemples des premières clauses NPF**

##### **Traité d'amitié et de commerce entre les États-Unis et la France (1778)**

##### **Article 3.d**

*Les Sujets du Roi Très-Chrétien ne payeront dans les ports, havres, rades, contrées, îles, cités & lieux des États-unis ou d'aucun d'entre eux, d'autres ni plus grands droits & impôts, de quelque nature qu'ils puissent être, & quelque nom qu'ils puissent avoir, que ceux que les Nations les plus favorisées sont ou seront tenues de payer; & ils jouiront de tous les droits, privilèges, immunités et exemptions en fait de négoce, navigation et commerce, soit en passant d'un port desdits États à un autre, soit en y allant ou en revenant de quelque partie ou pour quelque partie du Monde que ce soit, dont les Nations susdites jouissent ou jouiront.*

**Article 4**

*Les Sujets, peuples & habitants desdits États-unis & de chacun d'eux, ne payeront dans les ports, havres, rades, îles, villes & places de la domination de sa Majesté Très-Chrétienne en Europe, d'autres ni plus grands droits ou impôts, de quelque nature qu'ils puissent être, & quelque nom qu'ils puissent avoir, que les Nations les plus favorisées sont ou seront tenues de payer, & ils jouiront de tous les droits, libertés, privilèges, immunités & exemptions, en fait de négoce, navigation & commerce, soit en passant d'un port à un autre desdits États du Roi Très-Chrétien en Europe, soit en y allant ou en revenant de quelque partie ou pour quelque partie du Monde que ce soit, dont les Nations susdites jouissent ou jouiront.*

Source: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fr1788-1.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fr1788-1.asp).

**Traité d'amitié, de navigation et de commerce (Traité de Jay) entre les États-Unis et la Grande-Bretagne (1794)****Article 15**

*Il est convenu qu'il ne sera point payé d'autres ni plus forts droits par les vaisseaux ou les marchandises d'une partie dans les ports de l'autre, que ceux qui sont payés par les vaisseaux et marchandises des autres nations. Et il ne sera point imposé de droits plus forts dans un pays sur l'importation des articles du cru, produit ou manufacture de l'autre, que ceux qui sont ou seront payables sur l'importation de semblables articles du cru, produit ou manufacture d'aucun autre pays étranger. Et il ne sera fait de prohibition sur l'importation d'aucun article dans les territoires des deux pays qui ne s'étendra pas également à toutes les autres nations [...].*

Source: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/jay.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp) pour la version anglaise et Encyclopédie Canadana pour la version française.

Ces premières clauses étaient souvent conditionnelles; autrement dit, les avantages accordés par un État étaient subordonnés à l'octroi des mêmes avantages par l'État bénéficiaire. L'approche inconditionnelle a fait son apparition durant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le Traité de commerce signé en 1869 entre la Grande-Bretagne et la France (Traité Chevalier-Cobden) en est un exemple éminent.



Cette tendance s'est inversée après la Première Guerre mondiale et pendant la dépression économique de 1929, où les approches protectionnistes étaient prépondérantes. Toutefois, après la Deuxième Guerre mondiale, grâce aux nouveaux efforts de multilatéralisme, l'approche inconditionnelle du traitement NPF a été redynamisée dans le contexte de la Charte de La Havane (qui a été négociée en 1949 mais n'est jamais entrée en vigueur). Elle a été reproduite dans le GATT, qui fait du régime NPF inconditionnel le pilier du système commercial multilatéral (voir l'encadré 2).

### **Encadré 2. Le traitement NPF dans le GATT**

#### ***Article premier***

#### *Traitement général de la nation la plus favorisée*

*1. Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une Partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, **immédiatement et sans condition**, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III\*. [non souligné dans le texte]*

*Source: OMC.*

De nos jours, le traitement NPF inscrit dans les accords de l'OMC dépasse son cadre d'application originel, celui du commerce des marchandises, pour s'étendre également au commerce des services et aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce<sup>1</sup>.

Dans l'intervalle, durant les années 1970, la Commission du droit international (CDI) a reconnu l'importance du traitement NPF dans le droit international lorsqu'elle a élaboré le «Projet d'articles sur les clauses de la

nation la plus favorisée» (Projet d'articles sur le traitement NPF, 1978). La Commission a recommandé que l'Assemblée générale des Nations Unies adopte une Convention, ce qui n'a toutefois jamais été fait. Il s'agissait, avec cet instrument, à la fois de codifier et de développer l'utilisation des clauses NPF inscrites dans les accords entre États. Le projet d'articles explore, entre autres, les questions concernant les définitions, le champ d'application, les effets induits par le caractère conditionnel ou inconditionnel de la clause, la source du traitement, ainsi que la résiliation ou la suspension<sup>2</sup>.

Conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, le tout premier ABI comportait une clause de traitement NPF, ce qui s'est généralisé dans la négociation et la conclusion des accords ultérieurs. Dans ces premiers TBI, les parties contractantes n'accordaient pas systématiquement le traitement national, en raison des politiques protectionnistes que de nombreux pays appliquaient alors. Le traitement NPF était jugé moins problématique (car le recours aux interventions sélectives entre étrangers «à l'intérieur des frontières» était rare), et il était inclus dans les accords en vue de garantir des chances égales aux investisseurs étrangers de nationalités différentes. L'inclusion des clauses de traitement NPF dans les TBI a précédé l'octroi généralisé du traitement national au début des années 1980, et de nos jours on retrouve ces clauses dans une écrasante majorité d'AII. L'examen d'un échantillon de 715 AII par la CNUCED révèle que seuls 19,6 % de ces accords ne comportent pas une référence au traitement NPF. Après la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, adoptée en 1976 par les gouvernements des pays membres de l'OCDE, les TBI et autres ALE/APE conclus par ces pays devaient tous comporter une clause de traitement national et une clause de traitement NPF figurant l'une et l'autre dans les dispositions des accords en matière de traitement. Toutefois, avec la prolifération des AII, de vastes différences de formulation et d'approche sont apparues entre les pays membres.

Le réseau des TBI continue de s'étendre rapidement: leur nombre total est passé à 2 750 à la fin de 2009. En outre, durant la seconde moitié des années 1990, notamment après l'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) (1992), les dispositions concernant l'investissement international ont commencé à faire leur apparition en tant que composantes des ALE et des APE (à la fin de 2009, on en dénombrait 295) (CNUCED 2010).

**B. Définition, finalité et portée des clauses de traitement NPF****1. Définition**

Le projet d'articles sur le traitement NPF définit ce dernier comme:

*«[...] le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers»<sup>3</sup>.*

Et définit la clause NPF comme:

*«... une disposition conventionnelle par laquelle un État assume à l'égard d'un autre État l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations.»<sup>4</sup>.*

Dans le contexte de l'investissement, le traitement NPF fait en sorte qu'un pays d'accueil accorde à l'investisseur étranger protégé, et à ses investissements selon le cas, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs étrangers d'un pays tiers.

**2. Finalité des clauses NPF**

Dans le contexte du commerce international, le traitement NPF est essentiel pour assurer des chances égales à l'ensemble des partenaires commerciaux; il constitue, de ce fait, le pilier central du système commercial international. De même, dans les AII la clause NPF vise à assurer des conditions de concurrence égales entre les investisseurs étrangers de nationalités diverses qui veulent réaliser un investissement dans un pays d'accueil ou exploiter un tel investissement. L'investisseur étranger cherche à obtenir l'assurance qu'aucune discrimination négative ne le placera dans une situation de désavantage concurrentiel. Cette discrimination inclut les situations dans lesquelles des concurrents d'autres pays étrangers reçoivent un traitement plus favorable. La norme NPF contribue donc à établir des conditions de concurrence égales entre les investisseurs de différents pays étrangers. Elle empêche qu'une discrimination fondée sur des considérations de nationalité vienne fausser la concurrence entre les investisseurs.

La clause de traitement NPF est un instrument conventionnel dont la finalité est étroitement associée à celle de l'AII lui-même. Elle permet

d'assurer l'égalité de traitement et de conditions entre investisseurs étrangers, que l'accord vise à libéraliser les conditions d'entrée et d'activité de ces investisseurs et/ou qu'il offre une protection aux investisseurs et à leurs investissements sans aucun engagement à rendre ces conditions plus faciles, plus libérales ou moins restrictives. Dans la pratique, s'il est utilisé en combinaison avec le traitement national, le traitement NPF aura un impact tout à fait différent selon qu'il s'agisse:

- D'assurer le droit d'entrée et d'établissement pour les investisseurs étrangers, ainsi que les conditions s'appliquant à la phase préétablissement de l'investissement; ou
- D'assurer un traitement qui ne soit pas différent à l'égard des investisseurs et des investissements qu'ils établissent et exploitent conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil<sup>5</sup>.

Dans le TBI Allemagne-Égypte (2005), les Parties donnent une liste détaillée des types de traitement qui peuvent être considérés comme moins favorables au sens de l'article Traitement des investissements. Elles citent, en particulier, l'inégalité de traitement dans le cas des restrictions à l'achat de matières premières ou de matières auxiliaires, d'énergie ou de carburant, ou encore de moyens de production ou d'exploitation de toute nature; l'inégalité de traitement en cas d'entrave à la commercialisation des produits à l'intérieur ou à l'extérieur du pays, ainsi que toute autre mesure ayant des effets similaires.

Cette liste de mesures – également appelées mesures opérationnelles, obligations de résultats ou mesures concernant les investissements et liées au commerce – dans le contexte du système commercial multilatéral illustre le type de traitement auquel on ne peut soumettre les investisseurs et où la clause NPF entre en jeu. Le TBI Égypte-Allemagne (2005) mentionne également les «*mesures qui doivent être prises pour des raisons de sécurité ou d'ordre publics, de santé ou de moralité publiques*» et dispose que ces mesures «*ne seront pas considérées comme un "traitement moins favorable" au sens du présent article*»<sup>6</sup>. Comme l'illustre l'encadré 3, le traitement que les États appliquent aux investisseurs peut comprendre différents types d'actes ou de mesures, et la clause de traitement NPF est précisément axée sur ces actes ou mesures.

**Encadré 3. Définition du concept de «traitement»**

La mise en œuvre des obligations des États au titre d'un AII passe, le plus couramment, par les actes positifs des organes étatiques (législatifs, exécutifs ou judiciaires), que ces actes s'inscrivent au niveau de l'administration centrale, régionale ou sous-régionale<sup>ai</sup>. L'interférence ou l'influence des États dans l'activité des investisseurs prend la forme de «mesures» ou de l'absence de mesures, ce qui inclut l'instauration et l'application de lois et de règlements, de pratiques et de toute forme de conduite réglementaire.

Dans le cadre d'un AII, les États sont liés par des obligations de deux ordres: celles qui consistent à fournir une protection et celles qui consistent à assurer un certain niveau de traitement.

- En règle générale, les obligations consistant à assurer la protection de l'investisseur étranger conjuguent celle d'assurer un traitement juste et équitable (ou norme de traitement minimale) ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales, celle de garantir le libre transfert des fonds liés à l'investissement et celle de s'abstenir d'exproprier ou de nationaliser des droits ou des biens appartenant à l'investisseur, sauf si la mesure est prise dans un but d'intérêt public, de manière non discriminatoire et en contrepartie du versement d'une indemnité. Ces obligations traduisent des principes du droit international, et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite peut être invoquée dès lors qu'un «comportement» (action ou omission) lui est attribuable en vertu du droit international et que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale.

**Encadré 3 (suite)**

- Une obligation conventionnelle découlant de l'accord lui-même consiste à assurer à l'investisseur étranger un niveau de traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qui s'applique aux ressortissants de l'État d'accueil (traitement national) ou aux ressortissants de tout État tiers (traitement NPF). Le terme «traitement» s'entend de l'ensemble des mesures qui s'appliquent expressément aux investisseurs étrangers (mesures spécifiques aux investissements étrangers) ou des mesures d'application générale qui régissent l'activité économique et commerciale de l'investisseur et son investissement pendant toute la durée de ce dernier.

**Exemples de mesures spécifiques aux investissements étrangers**<sup>b/</sup>

- Limites ou conditions régissant la participation à des activités économiques ou des secteurs spécifiques;
- Plafonds de participation au capital des entreprises locales;
- Exigences d'approbation préalable pour l'acquisition d'actifs ou de fonds propres;
- Approbation préalable pour l'exploitation d'une entreprise ou d'un investissement;
- Limites ou conditions régissant l'acquisition de biens-fonds et de biens immobiliers;
- Obligations de résultats concernant, par exemple, le contenu national, la balance commerciale ou le contrôle des changes;
- Engagements spécifiques en matière d'emploi, de recherche, de transfert de technologie ou de montant d'investissement;
- Obligation d'établir une coentreprise avec un partenaire local ou imposition d'un seuil minimum de participation locale au capital;
- Divulgence de renseignements à des fins statistiques; et

**Encadré 3 (suite)**

- Réglementation sur des bases telles que la sécurité nationale, l'ordre public et la culture.

Exemples de mesures d'application générale:

- Démarrage/fermeture d'une entreprise;
- Réglementation des sociétés et de l'activité commerciale;
- Fiscalité;
- Main-d'œuvre, sécurité sociale et emploi;
- Acquisition/enregistrement de biens immobiliers;
- Finances, valeurs mobilières et accès au crédit;
- Réglementation des marchés publics;
- Droits de propriété intellectuelle;
- Concurrence;
- Immigration;
- Douane et exportation/importation de biens et de services;
- Préservation de l'environnement et protection des consommateurs;
- Exécution de contrats et d'obligations par le recours aux tribunaux locaux;
- Concessions, licences et permis; et
- Réglementation sectorielle portant, par exemple, sur les télécommunications, l'énergie, les transports ou les services financiers.

*Source:* CNUCED.

<sup>a/</sup> Voir les articles 1, 2 et 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

**Encadré 3 (suite)**

<sup>b/</sup> Durant la décennie écoulée, on a observé une tendance à l'élimination ou la réduction des mesures de ce type, car les pays se sont efforcés de libéraliser leur régime d'investissement et de le rendre plus favorable aux flux d'IED.

Toutefois, comme il a été indiqué plus haut, la clause NPF a rarement été invoquée pour contester le niveau effectif de traitement accordé aux investisseurs étrangers en ce qui concerne les conditions d'établissement, d'accès ou de concurrence dans les États d'accueil. Les investisseurs/requérants l'ont plutôt invoquée pour tenter d'incorporer par renvoi dans un accord de base des dispositions matérielles ou des clauses de règlement des différends (supposément) plus favorables provenant d'un accord conclu avec un tiers. La question de savoir si une telle pratique est bénéfique pour le développement du régime juridique international de l'investissement, si elle constitue un volet normal du fonctionnement de la clause NPF ou si elle respecte l'intention originelle des parties contractantes est au cœur du débat actuel.

Le champ d'application d'une clause de traitement NPF doit être appréhendé aussi bien sous l'angle de l'objet que sous celui du champ matériel. Ce dernier est généralement défini par le texte lui-même, qui désigne les bénéficiaires protégés, les phases d'investissement protégées et toute exception applicable.

Plus précisément, le champ d'application de la clause dépend de la question de savoir si le traitement NPF protège:

- Les investisseurs; ou/et
  - Leurs investissements.  
Et s'il concerne:
    - La phase postétablissement; ou
    - Aussi bien la phase préétablissement que la phase postétablissement.
- En outre, ce dispositif de base peut inclure:
- Des exceptions à caractère générique; ou/et



- Des exceptions nationales.

Par ailleurs, la clause de traitement NPF peut comporter des restrictions ou précisions particulières aux fins de certitude et d'orientation, afin qu'on puisse plus facilement l'interpréter et l'appliquer conformément à l'intention des parties contractantes.

**i) Objet: investisseurs/investissements**

Le traitement NPF prévu dans les AII est généralement accordé aux investisseurs et à leurs investissements. Il est toutefois possible de restreindre le bénéfice de la clause, par exemple en accordant le traitement NPF aux investisseurs uniquement. Le choix de l'approche a des conséquences importantes car même s'ils sont directement liés, l'investisseur et l'investissement sont des entités formellement différentes et peuvent bénéficier de droits différents en vertu de l'accord.

**ii) Champ matériel: pré/postétablissement**

Le traitement NPF préétablissement s'applique aux conditions d'entrée de l'investissement; il confère des droits à l'investisseur tant au moment où l'investissement se matérialise dans les faits qu'avant cette étape, c'est-à-dire pendant qu'il est en gestation. L'État d'accueil doit accorder à l'investisseur étranger protégé un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il accorde à tout investisseur tiers de nationalité différente pour ce qui est des conditions d'entrée (par exemple, l'accès à certains secteurs de l'économie ou la limitation de la participation étrangère au capital dans des activités particulières). L'obligation s'applique de manière absolue; autrement dit, aucune mesure existante ou future ne peut faire une discrimination entre l'investisseur protégé et un autre investisseur étranger, à moins que les parties contractantes n'inscrivent dans l'accord des réserves spécifiques. Les conditions applicables à l'entrée et à l'établissement sont définies dans l'accord et ne sont pas assujetties au régime intérieur. Du point de vue de l'investisseur, les conditions d'entrée deviennent plus transparentes et prévisibles, car le régime d'entrée est réglementé par l'accord lui-même et n'est pas susceptible de changer<sup>7</sup>. Le traitement NPF à la phase préétablissement vise à éviter un accès préférentiel ou une libéralisation sélective qui profiterait à certains investisseurs étrangers et pas aux autres. Le fait d'exclure certains investisseurs du bénéfice du traitement NPF pourrait créer des distorsions indues dans l'économie de l'État d'accueil.

À l’opposé, le traitement NPF postétablissement s’applique uniquement après la mise en place de l’investissement. Par conséquent, la protection concerne le cycle de vie de l’investissement après l’entrée (qui est régi par la législation, la réglementation, les politiques et autres mesures intérieures), depuis le démarrage jusqu’à la liquidation ou l’aliénation. Le traitement NPF protège donc un investisseur étranger qui a effectué un investissement dans l’État d’accueil en ne le plaçant pas dans une situation de désavantage concurrentiel vis-à-vis d’un investisseur étranger d’un pays tiers – un concurrent probable dans bien des cas – pour ce qui est du traitement.

### **iii) Exceptions**

Les clauses NPF des AII sont généralement assorties d’exceptions. Certaines de ces exceptions, d’un caractère systémique, sont directement liées à la nature du traitement NPF. D’autres sont des exceptions nationales concernant, par exemple, les secteurs de l’économie qui sont exclus du traitement NPF ou les mesures qui ne sont pas conformes à l’engagement pris par l’État d’accorder ce traitement aux investisseurs étrangers. Les dispositions relatives au traitement NPF peuvent engendrer le phénomène des «bénéficiaires sans contrepartie» lorsque les avantages conférés par une union douanière, un accord de libre-échange ou une organisation d’intégration économique sont étendus à des non-membres (CNUCED 2004a).

Pour éviter cette conséquence, de nombreux AII excluent du champ des obligations NPF les avantages dont un État contractant bénéficie en raison de son appartenance à une organisation régionale d’intégration économique (ORIE); cela se fait par le jeu de l’exception en faveur des ORIE. S’agissant des questions de fiscalité, les exceptions visent les avantages particuliers découlant des conventions sur la double imposition (CNUCED 2000a) ou plus généralement des mesures fiscales. Telles sont les exceptions classiques que l’on retrouve dans les clauses postétablissement des AII.

Outre les exceptions à caractère systémique concernant, par exemple, les ORIE et la fiscalité, les États qui accordent des droits préétablissement par le jeu du traitement national et du traitement NPF négocient également des exceptions nationales: listes de secteurs réservés ou mesures non conformes au traitement national ou au traitement NPF rattachés à l’accord.

Ce dernier peut aussi comporter des exceptions spécifiques au traitement NPF dans les domaines tels que les marchés publics et les subventions.

**iv) Restrictions/précisions**

Une clause de traitement NPF peut aussi comporter des restrictions ou précisions particulières. Ces éléments ne visent pas à limiter le champ d'application en soi; ils constituent plutôt de simples orientations et précisions quant à la manière dont la clause est censée être appliquée. Les restrictions de cette nature sont parfois intégrées à la clause elle-même. C'est ainsi que des accords récents mettent l'accent sur les conditions d'application de la clause de traitement NPF, par exemple en définissant la méthode de comparaison du traitement accordé aux investisseurs étrangers de nationalités différentes («circonstances similaires») ou en indiquant spécifiquement les activités de la phase protégée auxquelles le traitement s'applique («exploitation», «gestion» ou «entretien», par exemple). Dans d'autres cas, la restriction peut être établie séparément, «pour plus de certitude». Par exemple, certains accords récents précisent que le traitement NPF ne s'applique pas aux clauses de règlement des différends. Cas exceptionnel, les premiers accords du Royaume-Uni désignent expressément les articles auxquels s'applique le traitement NPF.

**C. Nature juridique de la clause de traitement NPF**

En vue de faciliter l'état de situation qui suit, de mieux appréhender les différentes exceptions au traitement NPF dans leur application et de mieux comprendre le débat actuel sur le champ d'application (notamment les dispositions matérielles concernant la protection et les clauses de règlement des différends provenant d'accords conclus avec des tiers), il importe de passer brièvement en revue les restrictions juridiques au traitement NPF (CNUCED 1999a).

**1. Il s'agit d'une obligation conventionnelle qui doit être inscrite dans un accord particulier**

La clause de traitement NPF a toujours sa base juridique dans l'accord particulier («accord de base») qui la renferme. Elle peut prendre la forme d'une disposition spécifique ou d'une combinaison de dispositions de l'accord. S'il est vrai que des milliers d'AII actuellement en vigueur comportent une clause de traitement NPF, cette clause n'en demeure pas moins une obligation découlant d'un accord. Il s'agit donc d'une obligation conventionnelle et non d'un principe du droit international s'appliquant aux

États en tant qu'obligation juridique générale indépendante des engagements spécifiques d'un accord. Le traitement NPF peut être considéré à juste titre comme une pratique conventionnelle générale et constante dans le contexte des accords internationaux d'investissement, mais il est évident que les pays accordent cet avantage et acquièrent cette obligation en vertu d'une clause spécifique (réciproque) énoncée dans un accord ayant force obligatoire.

Comme en dispose l'article 7 du projet d'articles sur le traitement NPF:

*«Aucune disposition des présents articles n'implique qu'un État a le droit de se voir accorder par un autre État le traitement de la nation la plus favorisée si ce n'est sur la base d'une obligation internationale assumée par ce dernier État.».*

Les commentaires du projet d'articles sur le traitement NPF<sup>8</sup> à cet égard sont explicites:

*«Dans la pratique, en règle générale, une obligation ne peut être prouvée que par une clause de la nation la plus favorisée, c'est-à-dire par un engagement conventionnel de l'État concédant en ce sens...*

*...S'il est vrai que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée est fréquemment prévu dans les traités de commerce, rien ne permet d'affirmer que cette pratique soit devenue une règle du droit international coutumier. Aussi considère-t-on généralement que les traités constituent l'unique fondement de l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée.».*

Il convient toutefois de faire une distinction entre le caractère non discriminatoire du traitement NPF et l'obligation générale de non-discrimination inscrite dans le droit international. Le fait que les États disposent du droit souverain d'exercer une discrimination et de réglementer l'entrée et l'activité des étrangers sur leur territoire ne signifie pas que cette latitude est illimitée et n'est pas assujettie au droit international. Comme l'indique l'ensemble de la présente étude, le traitement NPF exige que l'État d'accueil accorde à l'investisseur étranger protégé un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il accorde à un investisseur étranger tiers. Ce traitement exige une comparaison entre deux investisseurs étrangers se trouvant dans des circonstances similaires; il fait

donc intervenir une évaluation comparative qui n'est subordonnée à aucun seuil d'arbitraire ou de gravité. À l'opposé, la non-discrimination en droit international est une norme absolue (qui s'applique indépendamment de la manière dont les autres investisseurs sont traités) et renvoie à une inconduite grave ou un comportement arbitraire qui entrave l'exploitation de l'investissement. Il peut s'agir, par exemple, d'une discrimination fondée sur l'arbitraire, de préjugés sexuels ou raciaux, d'un déni de justice ou d'une expropriation illicite.

## 2. Il s'agit d'une norme relative

La disposition concernant le traitement NPF est une norme relative, ce qui signifie qu'elle suppose une évaluation comparative. À l'inverse, une norme absolue exige qu'un traitement soit accordé indépendamment de la manière dont les autres investisseurs sont traités par l'État d'accueil.

Le traitement NPF opère dans les mêmes conditions que le traitement national; il exige que soit effectuée une comparaison et que soit constaté l'octroi d'un traitement plus favorable aux investisseurs d'une nationalité donnée, par opposition aux investisseurs protégés par l'accord de base. La norme est donc dépourvue d'une substance définie a priori, et elle ne permet ni d'empêcher ni de cibler des actes arbitraires dans les cas où tous les investisseurs étrangers reçoivent le même mauvais traitement (sans préjuger de la constatation éventuelle d'autres violations)<sup>9</sup>. Toute évaluation d'une violation alléguée suppose non seulement la constatation d'une différence objective de traitement entre deux investisseurs étrangers, mais aussi celle d'un désavantage concurrentiel découlant directement de cette différence de traitement. Cette constatation doit s'effectuer par voie de comparaison. Il faut donc une comparaison et une constatation objective de traitement moins favorable pour évaluer la violation d'une clause de traitement NPF<sup>10</sup>.

## 3. Elle est régie par le principe *ejusdem generis*

La clause NPF est régie par le principe *ejusdem generis* car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte. Ce principe, affirmé avec constance dans la pratique et la jurisprudence (à l'échelle nationale et internationale), a été mis en exergue dans l'arrêt *Ambiatelos*<sup>11</sup> et explicité ultérieurement dans le projet d'articles sur le traitement NPF (voir l'encadré 4). Dans le domaine de l'investissement, le principe *ejusdem*

*generis* a été mis en lumière par l'arrêt *Maffezini* et n'a pas été contesté dans les nombreuses autres affaires qui ont suivi.

Ce principe circonscrit l'application de la clause de traitement NPF aux questions régies par l'accord de base. Par exemple, la clause NPF d'un accord de commerce entre les États A et B ne pourrait régir ou générer (au profit de l'État B) un avantage accordé par l'État A à l'État C en matière d'immunité diplomatique, d'aviation ou de fiscalité.

Dans les accords d'investissement, le bénéficiaire est l'investisseur, et l'objet est l'investissement. En fonction de la portée de l'accord, l'objet peut concerner la promotion des investissements, leur protection, leur libéralisation et/ou une combinaison de ces objectifs. Le traitement NPF s'applique à l'«investissement» et/ou à l'«investisseur», selon le champ matériel et le libellé spécifique de l'accord. Il est donc possible qu'une clause NPF ne concerne que le traitement lié à la personne protégée/au bénéficiaire ou aux actifs/à l'entreprise, en fonction des éléments figurant dans la définition de l'investissement.

**Encadré 4. Le projet d'articles sur le traitement NPF  
et le principe *ejusdem generis***

**Article 9: Étendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée**

1. *En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de l'objet de la clause.*

2. *L'État bénéficiaire acquiert les droits prévus au paragraphe 1 uniquement en ce qui concerne des personnes ou des choses qui sont spécifiées dans la clause ou qui sont implicitement visées par l'objet de la clause.*

**Article 10: Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée**

1. *En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à l'objet de la clause.*

2. *L'État bénéficiaire n'acquiert des droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses:*

a) *Appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un État tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'État concédant; et*

b) *Se trouvent avec l'État bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a se trouvent avec cet État tiers.*

*Source: CDI (1978).*

**4. Elle exige une base légitime de comparaison**

Pour que l'on puisse comparer des objets raisonnablement et objectivement comparables, la clause NPF doit s'appliquer à des situations objectives similaires. L'octroi du traitement NPF n'exige pas que tous les investisseurs étrangers reçoivent le même traitement quelles que soient leurs activités concrètes ou les circonstances dans lesquelles ils se trouvent. La différence de traitement se justifie entre les investisseurs qui ne sont pas des comparateurs légitimes, c'est-à-dire les investisseurs qui n'interviennent pas dans le même secteur économique ou n'ont pas la même structure d'entreprise. La clause de traitement NPF exige que l'État d'accueil ne fasse pas de discrimination – *de jure* ou de facto<sup>12</sup> – sur la base de la nationalité. En revanche, elle n'empêche pas le pays d'accueil d'accorder un traitement différent à différents secteurs de l'activité économique ou de faire une différence entre des entreprises de taille différente ou des entreprises ayant ou non des associés locaux.

Durant les négociations relatives à l'AMI<sup>13</sup>, certaines délégations ont indiqué que selon leur entendement, l'application tant du traitement NPF

que du traitement national s'inscrivait de manière implicite dans un contexte de comparaison. D'autres délégations jugeaient nécessaire d'inclure expressément la formule «dans des circonstances similaires». À l'heure actuelle, comme nous le verrons dans la section II, certains AII contiennent une référence explicite aux «circonstances similaires» ou aux «situations analogues» – ou une autre formulation du même ordre, tandis que d'autres restent muets sur ce point. Indépendamment de la formulation précise, et pour l'interprétation correcte d'une norme relative, le traitement qu'un État d'accueil accorde à des investisseurs étrangers ne peut faire l'objet d'une comparaison appropriée que si ces investisseurs se trouvent dans des situations objectivement similaires. Il importe cependant de noter qu'en ne faisant pas une référence expresse aux «circonstances similaires», les Parties contractantes n'entendent pas faire abstraction du contexte de comparaison, car cela reviendrait à fausser le sens et la nature mêmes de la clause de traitement NPF.

Les affaires d'arbitrage concernant la comparaison effective du traitement que deux investisseurs étrangers reçoivent d'un État d'accueil dans des circonstances données ne sont pas nombreuses. On trouve donc peu d'orientations dans les sentences arbitrales quant à la manière dont cette comparaison devrait être effectuée. Il est toutefois possible d'évaluer une éventuelle violation de la règle NPF en s'inspirant des constatations de violation du traitement national. En effet, les deux types de traitement se partagent la même exigence de comparaison (la seule différence étant que pour le traitement national, le comparateur de l'investisseur/investissement étranger est l'investisseur/investissement national). À cet égard, plusieurs sentences rendues en rapport avec l'ALENA (1992) ont établi de manière systématique que l'évaluation d'une violation alléguée du traitement national exige l'identification des comparateurs et l'examen du traitement reçu par chacun d'eux. Les tribunaux ont utilisé divers critères de comparaison, en fonction des faits spécifiques et du droit applicable à chaque affaire. Il s'est agi, entre autres, du même secteur d'affaires ou secteur économique<sup>14</sup>, du même secteur et de la même activité économique<sup>15</sup>, des comparateurs moins similaires mais disponibles<sup>16</sup> et des concurrents directs<sup>17</sup>. La flexibilité a prévalu, l'objectif étant de comparer ce qui est raisonnablement comparable et de tenir compte de tous les facteurs pertinents.



**5. Elle concerne une discrimination fondée sur la nationalité**

Le traitement NPF et le traitement national visent l'un et l'autre à prévenir la discrimination fondée sur des motifs ou des considérations de nationalité. Pour que soit établie une violation de la règle NPF, la différence de traitement doit avoir pour fondement ou pour cause la nationalité de l'investisseur étranger. Au terme d'une comparaison raisonnable entre des comparateurs appropriés, on peut constater l'existence de facteurs qui justifient de la part de l'État une différence de traitement entre des investisseurs étrangers; il peut s'agir, par exemple, de mesures légitimes qui ne font pas de distinction (ni *de jure* ni *de facto*) entre nationaux et étrangers<sup>18</sup>. Dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*, le tribunal a établi que pour constituer une violation du droit international la discrimination doit être déraisonnable ou manquer de proportionnalité et que par ailleurs une raison objective peut justifier un traitement différencié dans des cas similaires.

**6. Elle exige la constatation d'un traitement moins favorable**

À l'exception des lois et réglementations régissant spécifiquement l'investissement étranger, le régime juridique intérieur de l'État d'accueil en matière d'investissement s'applique uniformément à l'ensemble des acteurs et opérateurs économiques, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Il s'applique donc à l'investisseur et à son investissement, indépendamment de sa nationalité. Les États ne font pas de différence dans le traitement qu'ils accordent aux investisseurs étrangers de nationalités différentes une fois que ces derniers sont établis au sein de l'économie d'accueil et y mènent leurs activités. En revanche, durant la phase préétablissement, il existe une probabilité de différence dans le traitement accordé aux investisseurs de nationalités différentes, en fonction des engagements conventionnels contractés à l'égard de leur État d'origine.

Le traitement se matérialise principalement sous forme de «mesures»: lois, réglementations et règles de conduite édictées par l'État. L'arsenal est vaste; en gros, toutes les mesures peuvent influencer sur la vie des entreprises. Il peut s'agir, par exemple, des lois et règlements régissant les aspects suivants: droit des affaires, sociétés et autres formes d'organisation, fiscalité, main-d'œuvre, environnement, faillite, accès au financement, services financiers, propriété, utilisation ou prise à bail de biens fonciers, obstacles réglementaires et autres obstacles à l'entrée, concurrence, réglementation horizontale et sectorielle (voir l'encadré 3). L'investisseur

étranger protégé par une clause de traitement NPF a le droit de recevoir tout traitement plus favorable que reçoit un investisseur étranger tiers dans tout domaine de la législation et de la réglementation de l'État d'accueil, qu'il s'agisse de lois et règlements d'application générale ou visant spécifiquement l'investissement étranger.

Il n'est pas interdit de penser que même si les lois et règlements du régime intérieur influent considérablement sur la vie d'un investissement, les différences de contenu entre les divers AII ne placent pas nécessairement un investisseur étranger dans une situation de désavantage concurrentiel vis-à-vis d'un investisseur étranger d'un pays tiers. Par exemple, s'il est vrai, en principe, qu'un investisseur préférera être protégé par un accord comportant une clause de traitement juste et équitable plutôt que par un accord qui n'en comporte pas, la simple absence de cette disposition n'a pas de conséquence pour l'investisseur à supposer que l'État d'accueil n'enfreigne jamais la règle. De même, s'il est vrai que l'investisseur préférera peut-être introduire directement une requête en arbitrage plutôt que de devoir recourir aux tribunaux locaux pour une étape préliminaire d'une durée de six ou dix-huit mois, on ne peut présupposer, en l'absence d'une analyse rigoureuse, que cet accès direct est plus avantageux en soi et par soi, car le montant de l'indemnité que l'investisseur pourrait recevoir est basé sur la date du préjudice.

Un traitement différent n'est pas nécessairement synonyme de traitement moins favorable, et un traitement moins favorable repose sur des prémisses objectives et non sur des perceptions.

#### **7. Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle**

Comme le souligne la première édition de la présente étude (CNUCED 1999a), si un pays d'accueil accorde par voie de contrat des incitations ou des privilèges spéciaux à un investisseur particulier, la règle NPF ne l'oblige aucunement à accorder le même traitement à d'autres investisseurs étrangers. En effet, le pays d'accueil ne peut être contraint de conclure un contrat d'investissement isolé. En l'espèce, «la liberté contractuelle l'emporte sur la règle NPF» (CNUCED 1999a). De plus, l'investisseur étranger qui n'a pas conclu un contrat n'est pas dans des «circonstances similaires» à celles de l'investisseur étranger tiers qui a conclu des arrangements contractuels avec l'État d'accueil.

### 8. Elle opère différemment de la règle NPF s'inscrivant dans un contexte de commerce

Comme il a été indiqué plus haut, la règle NPF est née et s'est développée dans le contexte du commerce international avant d'être intégrée aux accords d'investissement. Toutefois, si la motivation qui la sous-tend peut être la même (garantir l'égalité entre les acteurs concernés) en contexte de commerce ou d'investissement, il n'en va pas ainsi pour son application. Dans le domaine de l'investissement, c'est le traitement national qui est le vecteur de la libéralisation comme de la protection, tandis que le traitement NPF est la disposition maîtresse, la pierre angulaire du système commercial international. En contexte de commerce, le traitement NPF est lié à la libre circulation des biens et des services et à leur accès aux marchés, mais dans les accords internationaux d'investissement il s'applique aux «investisseurs» et/ou aux «investissements» que ces derniers effectuent dans le respect de la législation de l'État d'accueil. La réglementation des biens et des services a un caractère plus spécifique, ciblé et mesurable, tandis que les investisseurs et les investissements sont soumis à un univers réglementaire beaucoup plus vaste à l'intérieur des frontières. La règle NPF en contexte de commerce s'applique aux «produits similaires ou services similaires», tandis que la règle NPF inscrite dans les accords d'investissement s'applique aux investisseurs/investissements dans des «circonstances similaires». Le traitement NPF en contexte de commerce est surtout axé sur les obstacles «à la frontière», tandis que la clause NPF figurant dans la plupart des TBI vise traditionnellement les mesures appliquées «à l'intérieur des frontières» (étant donné que la plupart des TBI suivent l'approche postétablissement). Les obstacles à l'entrée et après l'entrée des biens et des investissements sont généralement différents.

De fait, «la norme NPF a une portée beaucoup plus vaste lorsqu'elle s'applique à l'investissement étranger, compte tenu du caractère réglementaire des obstacles auxquels sont confrontés les investisseurs étrangers» (Kurtz 2005). Il en découle que toute analogie dans l'application et l'identification d'une violation de l'engagement exige de la prudence. Certains tribunaux ont même rejeté la notion. Par exemple, dans *Methanex c. États-Unis*, en évaluant la requête en traitement national, le tribunal a puisé des orientations dans le texte de l'accord sous-jacent et a statué que «les dispositions relatives au commerce ne devaient pas être transposées dans la sphère de l'investissement»<sup>19</sup>.

### 9. Elle doit être interprétée à la lumière des principes généraux de l'interprétation des accords

Les dispositions des accords doivent être interprétées conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités (la Convention de Vienne), que cela soit imposé par l'instrument lui-même ou par le droit international (coutumier) sur l'interprétation des traités. L'article 31 de la Convention de Vienne (voir l'encadré 5) renferme une règle générale d'interprétation.

#### **Encadré 5. Convention de Vienne sur le droit des traités**

##### **Article 31: Règle générale d'interprétation**

1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*
2. *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:*
  - a) *Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;*
  - b) *Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.*
3. *Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:*
  - a) *De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;*
  - b) *De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;*
  - c) *De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.*
4. *Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.*

La règle consiste à effectuer une opération combinée (unique). «On doit par conséquent, dans l'interprétation d'un accord, examiner chacun des trois éléments principaux – le texte, son contexte, ainsi que le but et l'objet de l'accord» (Aust 2000). Selon cette règle, le «sens ordinaire» n'est pas un élément isolé; il doit plutôt être appréhendé dans le contexte de l'accord et à la lumière de son objet et de son but. Même si les termes sont clairs, si leur application produit un résultat manifestement déraisonnable, une autre interprétation doit être recherchée<sup>20</sup>. De même, «l'objet et le but» ne constituent pas une base d'interprétation indépendante; ils sont liés au texte figurant dans l'accord. Cette approche globale s'avère particulièrement utile lorsque le texte est imprécis ou qu'il se prête à des interprétations différentes. Étant donné que le texte, l'objet et le but sont liés entre eux (Koskeniemi 1989) et que le but repose sur des prémisses subjectives, le recours à l'intention des Parties contractantes est une approche valable (et parfois nécessaire), surtout lorsqu'il s'agit d'arrangements économiques bilatéraux et d'engagements définis par les parties<sup>21</sup>. L'opération devrait toutefois se confiner aux prémisses du texte lui-même, de manière à déterminer le contenu et non à le créer.

Dans ce contexte, il est utile de rappeler que la clause NPF renvoie à un traitement matériel dans la sphère économique et qu'elle concerne les règles qui établissent les conditions et possibilités de concurrence pour les investisseurs étrangers et leurs investissements. En interdisant le traitement différencié dans le cadre du régime de concurrence, la règle NPF crée des chances égales pour les acteurs concernés et permet d'éviter les distorsions de marché, ce qui favorise un cadre concurrentiel sain et contribue ainsi à l'objectif économique de l'accord d'investissement. Appliquer le traitement NPF, c'est soumettre tous les investisseurs étrangers aux mêmes règles et aux mêmes coûts d'exploitation et de transaction dans leurs activités courantes, en plus de leur offrir le même accès aux marchés ainsi que les mêmes conditions et possibilités opérationnelles.

La question de savoir si l'objet et le but de la clause NPF renvoient au traitement matériel que l'État applique – par ses mesures ou ses actes – aux investisseurs étrangers ou si le bénéfice de cette clause s'étend également aux dispositions d'accords conclus avec des tiers est un élément essentiel du débat en cours sur la portée, l'application et l'interprétation du traitement NPF inscrit dans les accords d'investissement.

## NOTES

- <sup>1</sup> Voir l'article 2 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'article 4 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).
- <sup>2</sup> Le projet d'articles sur le traitement NPF est un instrument utile pour les besoins de l'interprétation, mais il comporte également des limites importantes. Un vaste corpus de pratique des accords et d'affaires connexes s'est constitué après 1978, notamment dans le domaine du droit économique international. De plus, le projet d'articles est un instrument d'application générale qui ne vise pas expressément le traitement NPF prévu dans les accords de protection et de libéralisation des investissements. Il a fait l'objet de discussions dans le contexte des travaux de la CDI sur le droit des traités et visait à explorer le traitement NPF en tant qu'«institution juridique» dans une perspective large. Il a évité par ailleurs d'essayer de résoudre des «questions économiques de nature technique». Voir le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session (document A/33/10 de l'ONU), reproduit dans *l'Annuaire de la Commission du droit international, 1978* [référence: Paragraphe 62]. La Commission a eu conscience de certaines questions soulevées par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée dans le domaine du commerce international et concernant par exemple l'existence de l'Accord général du GATT, l'apparition d'entreprises commerciales d'État, l'application de la clause entre pays dotés de systèmes économiques différents, l'application de la clause au regard des restrictions quantitatives et le problème des droits antidumping et des droits compensateurs. Elle s'est efforcée de respecter la distinction qu'elle s'est imposée entre le juridique et l'économique et de ne pas essayer de résoudre des questions économiques de nature technique comme celles qu'on vient de citer, qui appartiennent à des domaines dont l'étude a été spécialement confiée à d'autres organisations internationales.
- <sup>3</sup> Voir l'article 5 du projet d'articles sur le traitement NPF.
- <sup>4</sup> Voir l'article 4 du projet d'articles sur le traitement NPF.
- <sup>5</sup> Voir aussi Brownlie 2003.
- <sup>6</sup> Sauf indication contraire, les textes de tous les instruments et TBI cités dans le présent rapport peuvent être consultés dans la collection en ligne de TBI et d'AII de la CNUCED, à l'adresse [www.unctad.org/ia](http://www.unctad.org/ia).
- <sup>7</sup> Le traitement national et le traitement NPF sont les principaux catalyseurs préétablissement. Toutefois, d'autres disciplines peuvent comporter des conditions préétablissement; il s'agit, par exemple, des disciplines concernant les obligations de résultats, les cadres dirigeants et le Conseil d'administration.

- <sup>8</sup> Voir CDI 1978.
- <sup>9</sup> «... L'octroi du traitement de la nation la plus favorisée ne procure pas nécessairement des avantages importants à l'État bénéficiaire. Il peut même ne lui en procurer aucun si l'État concédant n'accorde aucune faveur à des États tiers dans le domaine visé par la clause. Tout ce que promet la clause de la nation la plus favorisée, c'est que la Partie contractante en cause traitera l'autre partie aussi bien que n'importe quel État tiers, c'est-à-dire parfois très mal. On a dit fort justement à ce propos qu'en l'absence d'engagements envers des États tiers, la clause n'est qu'une "coquille vide".» *ibid.*, p. 29.
- <sup>10</sup> Voir aussi Dolzer et Schreuer 2008.
- <sup>11</sup> *Réclamation Ambiatelos (Grèce c. Royaume-Uni)*, 2 mars 1956 (1956 *International Law Reports* 306).
- <sup>12</sup> Il y a discrimination «de jure» lorsque la mesure cible formellement l'investisseur étranger protégé. Il y a discrimination «de facto» lorsque la mesure, tout en étant apparemment d'application générale, touche uniquement l'investisseur étranger protégé.
- <sup>13</sup> Voir OCDE 1998.
- <sup>14</sup> Dans l'affaire *S. D. Myers c. Canada*, le tribunal a établi que «... l'article 1102 [Traitement national] suppose que soit examinée la question de savoir si un investisseur non national se plaignant d'un traitement moins favorable intervient dans le même secteur d'affaires ou secteur économique que l'investisseur local...». Voir *S. D. Myers Inc. c. Canada*, CNUDCI, 2002.
- <sup>15</sup> Le tribunal statuant dans l'affaire *Feldman c. Mexique* a fait une distinction entre les producteurs et les revendeurs de cigarettes; dans l'affaire *Champion Trading c. Égypte*, le tribunal a fait une distinction entre les sociétés cotonnières intervenant sur le marché libre et celles qui participent à des programmes gouvernementaux soumis à des prix fixes; dans l'affaire *UPS c. Canada*, le tribunal a fait une distinction entre les services postaux et les services de messagerie; et dans l'affaire *ADF c. États-Unis*, le tribunal a fait une distinction entre les producteurs d'acier en général et ceux qui pouvaient participer à un projet d'autoroute. Voir *Marvin Feldman c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, décision rendue le 16 décembre 2002. Voir *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. c. République d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/02/09, décision sur le fond, 27 octobre 2006. Voir *United Parcel Service of America Inc. c. Gouvernement du Canada*, décision sur le fond, 24 mai 2007.
- <sup>16</sup> Dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, le tribunal a établi que «... tout comme il serait malencontreux d'ignorer des comparateurs identiques lorsqu'ils sont disponibles et d'utiliser des comparateurs moins similaires, il serait

malencontreux de refuser de retenir et d'appliquer des comparateurs moins similaires lorsqu'il n'existe pas de comparateurs identiques». Voir *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, décision finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

- <sup>17</sup> Dans l'affaire *ADM c. Mexique*, le tribunal a établi qu'ALMEX et l'industrie sucrière mexicaine se trouvaient dans des circonstances similaires. «Elles font toutes deux partie du même secteur et se livrent une concurrence directe dans la fourniture d'édulcorants à l'industrie des boissons sans alcool et à celle des aliments transformés.» Voir *Archer Daniels Midland Company c. les États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/05, décision du 21 novembre 2007. Dans l'affaire *CPI c. Mexique*, le tribunal a statué que «dans le cas où les produits en cause sont interchangeables et impossibles à distinguer du point de vue de l'utilisateur final, ces produits et, partant, les investissements connexes, sont dans des circonstances similaires. Toute autre interprétation reviendrait à nier l'effet des dispositions concernant la non-discrimination...». Voir *Corn Products International Inc. c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/01, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008.
- <sup>18</sup> Dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, le tribunal a établi que «*Les différences de traitement constituent une violation présumée de l'article 1102 alinéa 2, à moins qu'elles n'aient un lien raisonnable avec des politiques gouvernementales rationnelles qui: i) ne font pas de distinction, ni formelle ni de facto, entre les entreprises étrangères et les entreprises nationales...*». Voir *Pope & Talbot c. Canada*, décision sur le fond, phase 2, 10 avril 2001.
- <sup>19</sup> Voir *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, décision finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005, par. 27, partie IV.
- <sup>20</sup> Ibid.
- <sup>21</sup> «... Dans le cas d'un accord bilatéral de commerce et de négoce, une approche limitée aux intentions des négociateurs de l'accord peut être appropriée. En revanche, on utilise généralement une approche objective qui prend en considération les concepts courants du droit international lorsqu'il s'agit d'un accord multilatéral concernant les droits de l'homme ou le territoire maritime, car ce sont des domaines dans lesquels le droit international a connu une évolution rapide...» (Dixon et McCorquodale 2003). Il a été dit, par ailleurs, que la clause NPF «ne peut avoir d'effet qu'en ce qui concerne la matière que les deux États avaient en vue lorsqu'ils ont inséré la clause dans leur traité» (CDI 1978, op. cit., p. 27).



## II. ÉTAT ET ANALYSE DE LA SITUATION

Comme l'indique l'introduction, il se pose trois questions essentielles dans l'application et l'interprétation des clauses de traitement NPF:

- Le champ d'application des clauses NPF, tant sous l'angle de l'objet (investisseur/investissement) que sous celui du champ matériel (pré/postétablissement, exceptions, précisions);
- La mesure dans laquelle on peut invoquer une clause de traitement NPF pour incorporer par renvoi une meilleure clause de protection inscrite dans un accord conclu avec un tiers; et
- La mesure dans laquelle on peut invoquer une clause de traitement NPF pour incorporer par renvoi de meilleures dispositions procédurales provenant d'un accord conclu avec un tiers, et plus précisément les limites du consentement au règlement des différends selon l'accord de base comparativement à des accords tiers.

La présente section fera un état et une analyse des approches adoptées face à ces trois questions essentielles dans les récents accords internationaux d'investissement. En règle générale, les clauses de traitement NPF indiquent leur objet et leur champ d'application. Les accords d'investissement précisent également si le traitement accordé aux investisseurs étrangers et/ou à leurs investissements est circonscrit à la phase postétablissement ou s'il s'applique également à la phase préinvestissement. De plus, certains accords renferment des précisions ou des clarifications quant à la manière dont ce traitement doit être appliqué. Comme on le verra plus loin, ce n'est que récemment que les accords ont commencé à traiter des deux autres questions, notamment de la possibilité d'incorporer, par le jeu de la clause NPF, des clauses de protection de fond et des clauses de règlement des différends investisseur-État figurant dans d'autres accords.

La plupart des accords d'investissement existants ne traitent explicitement que de la première question et sont muets sur les deux autres, de sorte que les tribunaux arbitraux ont eu de la difficulté à assurer une application appropriée de la clause NPF. Toutefois, les accords ont commencé récemment à tenir compte de l'évolution des décisions arbitrales dans ce domaine et formulent désormais des dispositions qui précisent la mesure dans laquelle la clause NPF peut affecter la substance de l'accord de base par l'incorporation de dispositions provenant d'accords tiers ou la comparaison avec ces dispositions, qu'il s'agisse des normes de

protection de fond ou des clauses relatives au règlement des différends investisseur-État.

#### **A. Champ d'application du traitement NPF dans les accords d'investissement**

Le champ d'application du traitement NPF dans les accords internationaux d'investissement est généralement défini par la clause NPF. On trouve des exemples illustratifs d'accords qui identifient les bénéficiaires, les phases du cycle d'investissement qui sont visées, les conditions, les exceptions et les restrictions/clarifications. Parfois l'accord renferme également des dispositions plus précises quant à la manière dont le traitement NPF doit être évalué.

##### **1. Phases d'investissement visées**

S'agissant de l'entrée des investisseurs étrangers dans le pays d'accueil, les accords internationaux d'investissement adoptent généralement l'une ou l'autre des deux approches, à savoir le modèle postétablissement ou le modèle pré/postétablissement. Dans les accords d'investissement classiques, la question de l'admission des investisseurs étrangers est traitée dans une clause d'admission qui exige que les investissements soient effectués conformément aux lois et règlements du pays d'accueil. Dans les accords d'investissement fondés sur le modèle préétablissement, le droit d'établissement est accordé par le jeu des clauses de traitement national et de traitement NPF. La décision de suivre l'une ou l'autre approche est l'une des décisions les plus fondamentales dans la négociation d'un accord.

##### **i) Le modèle postétablissement**

À ce jour, la plupart des accords internationaux d'investissement (notamment des ABI) suivent cette approche, selon laquelle l'entrée des investissements est entièrement régie par les lois et règlements de l'État d'accueil. L'autre corollaire de cette approche est que les lois et règlements concernant l'entrée des investissements étrangers peuvent évoluer au fil du temps et qu'il n'y a aucun engagement quant au degré de libéralisation des conditions d'entrée, à la levée de restrictions quelconques ou à l'élimination de lois discriminatoires affectant l'établissement de l'investissement étranger (Joubin-Bret 2008). En revanche, une fois que l'investissement est effectué, le traitement NPF est accordé pour le reste de

son cycle de vie, ce qui inclut l'obligation de ne pas modifier le régime qui l'encadre en édictant de nouvelles mesures qui établiraient une discrimination entre investisseurs étrangers.

Le modèle postétablissement s'articule généralement autour d'une «clause d'admission» inscrite dans l'accord de base, qui soumet explicitement l'entrée des investissements au régime juridique intérieur. La clause NPF ne renvoie à aucune activité liée à l'établissement (par exemple, «établissement, acquisition ou expansion») (voir les encadrés 6 et 7).

**Encadré 6. ABI Mexique/Royaume-Uni (2006)**

**Article 2: Admission des investissements**

*1. Chaque Partie contractante admet les investissements qui sont effectués conformément à ses lois et règlements.*

**Article 4**

**Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée**

*1. Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investissements ou les revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements et aux revenus de ses propres investisseurs ou à ceux des investisseurs d'un État tiers.*

*2. Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investisseurs 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, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un État tiers.*

**Encadré 7. ABI Allemagne-Jordanie (2007)****Article 2): Promotion et admission**

*Chaque Partie contractante s'efforce de promouvoir sur son territoire, dans la mesure du possible, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie contractante et admet ces investissements conformément à sa législation. Aucune Partie contractante n'entrave d'aucune façon, par des mesures arbitraires ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession des investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de l'autre Partie contractante.*

**Article 3): Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée**

*1) Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investissements détenus ou contrôlés par des investisseurs de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou à ceux des investisseurs d'un État tiers.*

*2) Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne les activités liées à leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un État tiers.*

[...]

Une autre approche consiste à avoir une clause NPF postentrée mais sans une clause distincte sur l'admission des investissements. Il en est ainsi pour le Traité sur la charte de l'énergie (1996), qui prévoit le traitement NPF postétablissement mais réserve le traitement préétablissement pour un accord supplémentaire à définir dans le cadre d'une négociation ultérieure (voir l'encadré 8).

**Encadré 8. Traité sur la charte de l'énergie (1994)****Article 10: Promotion, protection et traitement des investissements**

[...]

2) *Chaque Partie contractante s'efforce d'accorder aux investisseurs des autres Parties contractantes, en ce qui concerne la réalisation d'investissements dans sa zone, le traitement défini au paragraphe 3.*

3) *Aux fins du présent article, on entend par «traitement» le traitement qui est accordé par une Partie contractante et qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de toute autre Partie contractante ou de tout État tiers, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable.*

4) *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. Ce traité sera ouvert à la signature des États et des organisations d'intégration économique régionale qui ont signé le présent traité ou y ont adhéré. Les négociations relatives à ce traité complémentaire commenceront au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 1995, la conclusion de celui-ci étant prévue d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 1998.*

(5-6)[...]

7) *Chaque Partie contractante accorde aux investissements réalisés dans sa zone par des investisseurs d'autres Parties contractantes, ainsi qu'à leurs activités connexes, y compris leur gestion, entretien, utilisation, jouissance ou disposition, un traitement aussi favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou des investisseurs de toute autre Partie contractante ou de tout État tiers, ainsi qu'à leur gestion, entretien, utilisation, jouissance ou disposition, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable.*

[...]

## ii) Le modèle préétablissement

Depuis le début des années 1990, certains accords d'investissement étendent leur champ d'application à la phase préétablissement. C'est le cas des accords bilatéraux d'investissement du Canada et des États-Unis. En outre, il devient tout à fait courant de voir des clauses préétablissement figurer dans des accords de libre-échange et des accords de partenariat économique. Cette évolution peut s'expliquer par le fait que ces accords visent des objectifs de libéralisation et que, dans cette optique, ils font une corrélation entre les engagements de portée plus vaste en matière d'investissement et les disciplines relatives au commerce (notamment au commerce des services).

Le terme «prétablissement» s'entend de la phase d'entrée, ce qui signifie que l'État d'accueil ne peut appliquer aucune mesure discriminatoire entre des étrangers pour ce qui est des conditions d'entrée des investisseurs. Ce modèle a une incidence majeure: non seulement il empêche l'État d'accueil d'appliquer une mesure existante non conforme au traitement NPF, mais il l'empêche aussi d'en instaurer une nouvelle. En d'autres termes, dans le cadre de ce modèle l'État d'accueil accepte une certaine limitation de sa souveraineté en ce qui concerne la réglementation de l'investissement étranger. Compte tenu de cette incidence majeure, les engagements concernant le préétablissement sont généralement assortis d'exceptions nationales (approche de «liste négative» ou de «liste positive»<sup>1</sup>), par opposition au modèle postétablissement. Le régime préétablissement confère des droits aux «préinvestisseurs», c'est-à-dire les investisseurs qui cherchent à réaliser un investissement ou sont en train de le faire. Il convient de souligner que lorsque le traitement NPF est accordé pour la phase préétablissement, il s'applique également à la phase postétablissement, de sorte que cette approche couvre en fait l'ensemble du cycle de vie de l'investissement (voir l'encadré 9).

Les engagements de libéralisation comportent des variantes, surtout lorsqu'il s'agit d'un arrangement d'intégration économique ou d'un accord régional en matière d'investissement. Par exemple, en vertu de l'article 23 de la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), les États membres sont autorisés à établir des exceptions au droit d'établissement, mais ils doivent s'efforcer d'éliminer progressivement les mesures discriminatoires. D'autres accords, comme celui conclu entre l'UE et le Maroc (2000), prévoient simplement une libéralisation future sans que

les parties ne prennent d'engagements réels au moment de l'entrée en vigueur (voir l'encadré 10).

**Encadré 9. ALE entre l'Amérique centrale, la République dominicaine et les États-Unis d'Amérique (CAFTA) (2004)**

**Article 10.4: Traitement de la nation la plus favorisée**

*1. Chaque Partie accorde aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une autre Partie ou d'une non-Partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements sur son territoire.*

*2. Chaque Partie accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'une autre Partie ou d'une non-Partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements [caractères gras ajoutés].*

**2. Investissements et/ou investisseurs**

L'application d'un accord d'investissement repose sur sa couverture temporelle et géographique et sur son objet. S'agissant de l'objet, l'application de l'accord est déterminée par les termes «investisseur» et «investissement», et il en est de même pour la clause de traitement NPF. Dans les ABI classiques, l'«investissement» est défini par une liste exemplative d'actifs indiquant les différentes formes sous lesquelles les actifs étrangers peuvent se matérialiser dans l'État d'accueil, par exemple la société ou succursale locale, la participation au capital, le prêt, les actifs tangibles ou intangibles, les droits de propriété intellectuelle ou les avantages économiques découlant de l'engagement de capitaux. Le terme «investisseur» s'entend d'une personne physique ou morale qui a la nationalité de la Partie contractante autre que l'État d'accueil et qui détient ou contrôle l'investissement. En règle générale, la personne morale fait l'objet d'une définition en termes larges qui englobe non seulement les entreprises commerciales, mais aussi les organismes à but non lucratif et

les dispositifs contractuels comme la fiducie et la coentreprise. De plus, la nationalité de la personne morale est généralement définie selon des critères formels tels que le lieu de constitution et non par l'origine ultime des capitaux (CNUCED 1999b et 2004b, CNUCED (à paraître)).

**Encadré 10. Accord d'association entre  
l'Union européenne et le Maroc (1996)**

**Article 31**

*1. Les Parties conviennent d'élargir le champ d'application du présent accord de manière à inclure le droit d'établissement des sociétés d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie et la libéralisation de la fourniture de services par les sociétés d'une Partie envers les destinataires de services dans une autre Partie.*

*2. Le Conseil d'association fera les recommandations nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif visé au paragraphe 1.*

*En formulant ces recommandations, le Conseil d'association prendra en compte l'expérience acquise par l'application de l'octroi réciproque du traitement de la nation la plus favorisée et les obligations respectives des Parties conformément à l'Accord général sur le commerce des services annexé à l'Accord instituant l'OMC, ci-après dénommé «GATS», et notamment celles de son article V.*

*3. La réalisation de cet objectif fera l'objet d'un premier examen par le Conseil d'association au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent accord.*

Selon que le traitement NPF vise (ou ne vise pas) à la fois les investisseurs et les investissements, les conséquences sont importantes: les mesures étatiques peuvent toucher l'une ou l'autre catégorie d'objet, séparément ou conjointement. Certaines mesures peuvent affecter l'investissement mais non l'investisseur, l'investisseur mais non l'investissement, ou encore les deux.

La plupart des clauses de traitement NPF s'appliquent à la fois aux investisseurs et aux investissements, car cela permet de concrétiser véritablement les objectifs de protection et de promotion. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi, car certains accords ne concernent que les



investissements (voir l'encadré 11). Cela a pour conséquence d'exclure les personnes physiques ou morales étrangères du bénéfice de la clause NPF pour le limiter aux personnes morales locales (constituées sur le territoire de l'État d'accueil) ou aux actifs acquis en vertu de la législation de l'État d'accueil.

**Encadré 11. ABI Australie-Uruguay (2002)**

**Article 4: Clause de la nation la plus favorisée**

*Chaque Partie traite en tout temps les **investissements** réalisés sur son territoire sur une base non moins favorable que celle qu'elle applique aux investissements des investisseurs d'un pays tiers, étant entendu qu'une Partie n'est pas tenue d'étendre à ces investissements un traitement, une préférence ou un privilège découlant de: [...] [caractères gras ajoutés].*

Une autre formulation relevée dans certains accords d'investissement consiste à assujettir le traitement NPF aux «lois et règlements» de l'État d'accueil. Ce faisant, les Parties contractantes allègent sensiblement leur engagement puisqu'elles lient les investissements non seulement aux conditions d'entrée, mais aussi à toute nouvelle mesure édictée sous forme de loi ou de règlement par l'État d'accueil (voir l'encadré 12).

### 3. Exceptions

Dans les accords d'investissement comportant une clause d'admission, la clause NPF est assortie d'exceptions peu nombreuses mais plutôt uniformes. La clause NPF d'un accord de type préétablissement comporte davantage d'exceptions, car celles-ci comprennent des exceptions nationales. Dans les accords multilatéraux (tels que l'AGCS), les engagements pris par les signataires n'ont pas une portée aussi vaste, ce qui se traduit par des exceptions plus nombreuses ainsi que par des exceptions générales.

**Encadré 12. ABI Chine-Lettonie (2006)****Article 3: Traitement de l'investissement**

[...]

2. *Sans préjudice de ses lois et règlements, chaque Partie contractante accorde aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie contractante, ainsi qu'à leurs activités connexes, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements et aux activités connexes de ses propres investisseurs.*

3. *Aucune Partie contractante ne soumet les investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie contractante, ni leurs activités connexes, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements et aux activités connexes d'un État tiers [...].*

Les clauses de traitement NPF des accords d'investissement peuvent également être soumises à des exceptions générales – exceptions s'appliquant à l'ensemble de l'accord. Parmi les motifs d'exception générale figurent, par exemple, la moralité publique et l'ordre public, la sécurité nationale, ainsi que les situations d'urgence et la clause du refus d'avantages. Ces clauses délimitent le champ d'application de l'accord lui-même. Elles ne seront donc pas examinées ici. La portée et l'application de ces exceptions générales au traitement NPF font l'objet d'une analyse en bonne et due forme dans la première édition de la présente étude, et cette analyse peut encore servir de référence (CNUCED 1999a).

**i) Exceptions postétablissement**

La pratique demeure relativement uniforme pour ce qui est du modèle postétablissement. Cette approche ne comporte pas d'exceptions nationales (concernant certains secteurs ou activités économiques), puisque l'État d'accueil conserve le contrôle du régime d'entrée. On relève cependant deux exceptions générales dans presque tous les accords d'investissement de ce type, notamment les accords bilatéraux.

La première exception concerne les avantages ou privilèges qu'un État octroie en vertu d'un accord de libre-échange, d'une union douanière, d'un

accord d'intégration des marchés du travail ou d'une autre forme d'arrangement économique régional. Cette exception en faveur des ORIE est également utilisée dans le contexte du commerce international (voir l'article XXIV du GATT et l'article V de l'AGCS). À défaut d'une telle exception, la clause de traitement NPF contraindrait les membres d'une ORIE à accorder unilatéralement aux investisseurs de pays non membres tous les privilèges découlant de l'appartenance à cette organisation (CNUCED 2004a).

La seconde exception concerne les accords internationaux portant en tout ou en partie sur les questions de fiscalité. Il arrive parfois que la législation fiscale nationale soit inscrite elle aussi comme une exception. En effet, dans le cadre des accords sur la double imposition, les Parties contractantes abandonnent en partie, sur une base mutuelle, leurs droits d'imposition vis-à-vis des investisseurs établis sur leur territoire, de manière à éviter la double imposition. Chaque Partie contractante renonce ainsi à ses droits d'imposition uniquement si l'autre Partie contractante prend le même engagement (CNUCED 2000a). L'ABI République tchèque/Paraguay (2000) et l'ABI Égypte-Allemagne (2005) illustrent le recours à l'une et l'autre exceptions (voir les encadrés 13 et 14).

**Encadré 13. ABI République tchèque/Paraguay (2000)**

**Article 4: Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée**

[...]

*3. Le traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État tiers en vertu de sa participation à une zone de libre-échange, une union douanière, un arrangement international similaire à une telle union ou institution, un marché commun, une union monétaire ou une autre forme d'accord régional à laquelle chaque Partie contractante est partie ou peut le devenir.*

*4. Le traitement accordé aux termes du présent article ne concerne pas les avantages que l'une des Parties contractantes accorde aux investisseurs d'un État tiers en vertu d'un accord visant à éviter la double imposition ou d'un autre accord relatif aux questions fiscales*

[...].

#### Encadré 14. ABI Égypte-Allemagne (2005)

##### Article 3 alinéa 4

*Les questions concernant l'impôt sur le revenu et sur la fortune sont traitées conformément à l'accord pertinent visant à éviter la double imposition du revenu et de la fortune entre les États contractants. À défaut d'un tel accord visant à éviter la double imposition entre les États contractants, la législation fiscale nationale de chaque État est applicable. Le traitement accordé aux termes du présent article ne concerne pas les avantages que l'un ou l'autre des États contractants accorde aux investisseurs d'États tiers en vertu d'un accord sur la double imposition ou d'un autre accord relative aux questions fiscales*

##### ii) Exceptions préétablissement

Lorsque des droits préétablissement sont accordés, les accords d'investissement comportent généralement un plus grand nombre d'exceptions; il peut s'agir d'exceptions génériques, classées par sujet, ou d'exceptions nationales, classées par activité. Il est possible, en effet, que les États disposent d'un certain nombre de mesures potentiellement non conformes au regard des conditions d'entrée. De plus, il est possible que les États souhaitent conserver une certaine flexibilité dans l'optique des politiques de développement et politiques réglementaires futures (CNUCED 2000b et 2006). L'approche canadienne, dont témoignent les ALE/APE canadiens récents, en est un exemple. L'article 9 de l'APIE type du Canada (2004) dispose que le traitement NPF, le traitement national, les exigences relatives aux dirigeants et au conseil d'administration et les prescriptions de résultats «ne s'appliquent à a) aucune mesure non conforme existante qui est maintenue par i) une Partie au niveau national, selon ce qui est prévu dans sa liste à l'annexe I, ou ii) une administration infranationale». S'il est vrai que d'une manière générale, la plupart des mesures non conformes se rapportent au traitement national, il peut en exister quelques-unes qui concernent le traitement NPF (c'est le cas, par exemple, des secteurs dont la réglementation repose sur des considérations

de réciprocité). Ces exceptions doivent être conformes au régime intérieur et refléter les mesures existantes non conformes. De plus, selon l'article 9, les dispositions en cause ne s'appliquent pas aux mesures concernant les secteurs, sous-secteurs et activités énumérés à l'annexe II («Réserves pour mesures futures»). En l'occurrence, les exceptions ne sont pas nécessairement le reflet de la législation nationale existante, mais elles permettent une certaine flexibilité que les Parties contractantes souhaitent conserver au regard des secteurs, sous-secteurs et activités désignés. Les annexes en question sont sujettes l'une et l'autre à négociation.

L'APIE type établit des exceptions au traitement NPF, au traitement national et aux exigences concernant les dirigeants et le conseil d'administration dans les domaines suivants: droits de propriété intellectuelle, marchés publics, subventions ou dons, services financiers. En outre, dans l'approche canadienne, le traitement NPF ne s'applique pas aux accords et aux secteurs énumérés à l'annexe III (voir les encadrés 15 et 16).

#### **Encadré 15. APIE type du Canada (2004)**

##### **Article 9: Réserves et exceptions**

1. *Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent à:*

- a) *Aucune mesure non conforme existante maintenue par*
  - i) *Une Partie au niveau national, selon ce qui est prévu dans sa liste à l'annexe I, ou*
  - ii) *Une administration infranationale*

*(b-c) [...]*

2. *Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent à aucune mesure qu'une Partie adopte ou maintient concernant les secteurs, sous-secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe II.*

3. *L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie conformément à des accords ou relativement à des secteurs figurant dans sa liste à l'annexe III.*

4. *En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, une Partie peut déroger aux articles 3 et 4 d'une manière compatible avec*

*l'Accord sur l'OMC.*

5. *Les dispositions des articles 3, 4 et 6 du présent accord ne s'appliquent pas:*

- a) *Aux marchés conclus par une Partie ou une entreprise d'État;*
- b) *Aux subventions et dons d'une Partie ou d'une entreprise d'État, y compris les prêts endossés par l'État, les garanties et les assurances.*

6. [...]

7. *Les dispositions de l'article 4 du présent accord ne s'appliquent pas aux services financiers.*

On observe des variantes dans les accords et les approches. Dans certains cas, les Parties contractantes souhaitent confirmer l'application de la clause de traitement NPF à des dispositifs existants (voir l'encadré 17).

**Encadré 16. ALE Canada-Pérou (2008)  
(Annexe II, Liste du Canada)**

**Type de réserve: Traitement de la nation la plus favorisée (art. 804)**

*Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure accordant un traitement différencié à certains pays au titre de tout accord international bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé avant la date d'entrée en vigueur du présent Accord.*

*Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure accordant un traitement différencié à un pays au titre de tout accord bilatéral ou multilatéral, existant ou futur, concernant:*

- a) *L'aviation;*
- b) *Les pêches;*
- c) *Les affaires maritimes, y compris le sauvetage.*

**Encadré 17. Accord global sur l'investissement  
de l'ASEAN (2009)**

**Article 6**

**Traitement de la nation la plus favorisée (note de bas de page 4)**

**Note de bas de page 4:**

*Pour plus de certitude:*

- a) [...];
- b) *En rapport avec les investissements relevant du champ d'application du présent Accord, tout traitement préférentiel accordé par un État membre aux investisseurs d'un autre État membre ou d'un État non membre et à leurs investissements, en vertu d'accords ou d'arrangements existants ou futurs auxquels un État membre est partie, sera étendu, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, à l'ensemble des États membres.*

Les exceptions jouent aussi un rôle crucial pour les stratégies de libéralisation. Il est possible que les États souhaitent conserver le contrôle de toute libéralisation à l'égard des partenaires d'accords tiers plutôt que d'appliquer automatiquement cette libéralisation par le jeu de la clause NPF. Par exemple, s'agissant de l'APE Japon-Suisse (2009), la clause NPF ne s'applique pas aux accords tiers prévoyant une vaste libéralisation de l'investissement; si une telle libéralisation devait se produire, elle ferait l'objet d'une consultation en vue d'être incorporée dans l'accord de base (voir l'encadré 18).

**Encadré 18. APE Japon-Suisse (2009)****Article 88****Traitement de la nation la plus favorisée**

[...]

*3. Si une Partie accorde un traitement plus favorable aux investisseurs d'une Partie tierce et à leurs investissements en concluant ou en amendant un accord de libre-échange, d'union douanière ou un accord similaire prévoyant la libéralisation substantielle des investissements, elle ne sera pas tenue d'accorder ce traitement aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements. La Partie qui accordera un tel traitement le notifiera sans délai à l'autre Partie et s'efforcera d'accorder aux investisseurs de celle-ci et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux termes de l'accord conclu ou amendé. La première Partie, à la demande de l'autre Partie, entrera en négociations en vue d'incorporer dans le présent Accord un traitement non moins favorable que celui accordé en vertu d'un tel accord conclu ou amendé.*

D'autres accords d'investissement contiennent une panoplie d'exceptions spécifiques qui visent à prendre en compte les situations particulières découlant des politiques publiques des parties contractantes. Par exemple, l'ALE Chine-Pérou (2009) comporte une exception qui exclut du champ de la clause NPF les minorités et les groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés, ainsi que les industries culturelles liées à la production de livres, revues, périodiques, journaux imprimés ou électroniques et partitions musicales (voir l'encadré 19).



**Encadré 19. ALE Chine-Pérou (2009)****Article 131****Traitement de la nation la plus favorisée**

*1. Chaque Partie accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'un État tiers en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation ainsi que la vente ou autre aliénation des investissements sur son territoire.*

[...]

*3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les Parties se réservent le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié:*

- a) À des minorités et des groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés; ou*
- b) À des industries culturelles liées à la production de livres, revues, périodiques, journaux imprimés ou électroniques et partitions musicales.*

**4. Conditions et restrictions****i) «Circonstances similaires» ou «Situations similaires»**

Comme il a été indiqué plus haut, l'obligation de traitement NPF ne signifie pas que les investisseurs étrangers doivent être traités de la même façon, quelle que soit leur activité ou leur situation concrète. Une différence de traitement se justifie si les comparateurs potentiels se trouvent dans des situations objectives différentes. Il faut donc comparer ce qui est raisonnablement comparable. Certains accords utilisent des formulations telles que «circonstances similaires» ou «situations similaires». C'est le cas de l'ALENA (1992), de l'ABI-type des États-Unis (2004), de l'APIE type du Canada (2004), des ABI conclus par le Mexique et de bon nombre d'ALE/APE récents. De nombreux ABI classiques ne renferment aucune formule de comparaison. L'absence d'une telle formule

ne signifie toutefois pas que les parties contractantes entendent appliquer la norme sans une comparaison appropriée. La formule de comparaison doit être perçue comme une composante implicite du traitement NPF, même si pour une plus grande certitude et selon la tradition juridique de certains pays il peut être préférable de la rendre plus explicite.

**ii) Activités d'investissement expressément visées par la clause de traitement NPF**

Le traitement NPF accordé par l'État d'accueil s'applique, selon le cas, aux investisseurs et/ou à leurs investissements, durant la phase postétablissement, la phase préétablissement ou les deux. Comme on l'a vu plus haut, ce traitement couvre le cycle de vie de l'investissement ainsi qu'il est régi par les lois et règlements de l'État d'accueil. Au demeurant, certaines clauses de traitement NPF sont plus précises que d'autres.

Certaines de ces clauses, et plus précisément celles qui s'appliquent au préétablissement, lient le traitement NPF à une liste fermée d'activités (parfois pour les investisseurs ainsi que les investissements, sinon uniquement pour les investissements) (voir l'encadré 20).

Cette liste d'activités d'investissement comprend des activités préétablissement ou des activités postétablissement. Il faut donc lui accorder une attention particulière pour s'assurer d'atteindre le résultat voulu. Les activités préétablissement comprennent en règle générale «l'établissement, l'acquisition et l'expansion» des investissements, tandis que les activités postétablissement comprennent «la gestion, l'entretien, la direction, l'exploitation, l'utilisation, la jouissance, la vente, la cession ou l'aliénation». Il est possible que certains pays considèrent l'expansion d'un investissement comme faisant partie des activités postétablissement si elle est assujettie à une approbation ou autre autorisation préalable.

**Encadré 20. APE Japon-Malaisie (2006)****Article 76****Traitement de la nation la plus favorisée**

*Chaque pays accorde aux investisseurs de l'autre pays et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'un État tiers et à leurs investissements, en ce qui concerne les activités d'investissement.*

Les «activités d'investissement» sont définies à l'article 75 comme étant «l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation, l'entretien, l'utilisation, la possession, la liquidation, la vente ou autre aliénation des investissements».

D'autres clauses NPF ne renvoient à aucune activité précise, mais au «traitement» général auquel ont droit les investisseurs et/ou leurs investissements (voir l'encadré 21). Toutefois, cette formulation ne signifie pas nécessairement que le traitement NPF devrait faire l'objet d'une application large, comparativement à la première approche. En indiquant de manière explicite l'approche de l'accord sous l'angle de l'établissement, l'inclusion des activités d'investissement peut dénoter l'intention des parties contractantes de restreindre la portée de la clause NPF, tout comme elle peut simplement préciser en termes explicites le sens que les parties ont voulu donner à cette clause.

La phraséologie des accords présente des variantes considérables qui résultent de la négociation dont chacun a fait l'objet, même si la plupart d'entre eux reposent sur un modèle d'accord que les parties utilisent quand il y a lieu. Certaines formulations sont moins courantes que d'autres. Divers accords renvoient à «toutes les questions» visées (voir l'encadré 22). D'autres précisent que le traitement NPF s'applique à l'ensemble de leurs dispositions (voir l'encadré 23). Il s'agit, dans ce dernier cas, de l'approche classique suivie par le Royaume-Uni, même si certains de ses accords – singulièrement ceux conclus avec le Viet Nam (2002) et le Mexique (2006) – ne renferment pas cette formule. Dernier cas

de figure, mais non le moindre, certains accords lient le traitement NPF à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable (voir l'encadré 24).

**Encadré 21. Texte du modèle d'APPI de l'Inde (2003)**

**Article 4**

**Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée**

*1) Chaque Partie contractante accorde aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou à ceux d'un État tiers.*

*2) En outre, chaque Partie contractante accorde aux investisseurs de l'autre Partie contractante, y compris en ce qui concerne le rendement de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investisseurs d'un État tiers. [...]*

**Encadré 22. ABI Argentine-Espagne (1991)**

**Article 4**

**Traitement**

[...]

*2. Pour toutes les questions visées par le présent Accord, ce traitement n'est pas moins favorable que celui que chaque Partie accorde sur son territoire aux investisseurs d'un pays tiers.*

Les exemples ci-dessus témoignent de la diversité d'approche et de formulation des clauses NPF inscrites dans les accords d'investissement. Il convient de noter, à cet égard, que très peu d'accords – à l'exception notable de ceux du Royaume-Uni – abordent la question de savoir si le traitement NPF devrait s'appliquer aux dispositions concernant le règlement des différends entre investisseurs et État. Comme l'indique la section suivante, il est possible que la phraséologie particulière d'un accord

n'empêche pas un tribunal arbitral de faire une interprétation large de la clause NPF. Il est donc souhaitable que les négociateurs s'emploient à formuler cette clause de façon très minutieuse, non seulement en ce qui concerne son objet mais aussi en ce qui concerne son champ matériel. Il importe également de prêter attention à la possibilité d'interprétations larges ou imprévues. Si les parties à un accord d'investissement souhaitent donner plus de certitude et de clarté à la clause NPF, elles doivent y inclure une phraséologie précise pour pouvoir atteindre le résultat souhaité.

**Encadré 23. ABI El Salvador/Royaume-Uni (1999)**

**Article 3**

**Dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée**

[...]

*3. Pour éviter les doutes, il est confirmé que le traitement prévu aux paragraphes 1) et 2) ci-dessus s'applique aux dispositions des articles 1 à 11 [différends entre investisseurs et État] du présent Accord.*

**Encadré 24. ABI Maroc-Sénégal (2006)**

**Article 3**

*1) Chaque Partie contractante assure sur son territoire aux investissements de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable, qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou aux investissements de la nation la plus favorisée, si ce dernier est plus favorable.*

Avant d'examiner dans les sections suivantes l'interprétation qui a été faite de la clause NPF inscrite dans les accords d'investissement, il convient de souligner que cette clause doit être formulée de façon minutieuse, conformément aux objectifs de politique publique et selon un

libellé précis, de sorte que l'intention des parties contractantes soit claire et que l'interprétation soit prévisible.

**B. La clause NPF et l'incorporation par renvoi de clauses de protection de fond provenant d'autres accords d'investissement**

La présente section examine des décisions arbitrales dans lesquelles la clause de traitement NPF a été interprétée et appliquée. Comme il a été indiqué plus haut, la pratique des accords s'est concentrée sur l'application matérielle du traitement NPF à la libéralisation des investissements, c'est-à-dire les conditions d'établissement et d'exploitation. Avec les premières affaires relatives à l'ALENA, les tribunaux arbitraux ont commencé à examiner l'application de la clause NPF dans un contexte où l'investisseur réclame l'incorporation par renvoi de meilleures normes de protection de fond.

**1. Incorporation par renvoi de normes de protection de fond «plus favorables»**

Dans l'affaire *AAPL c. République de Sri Lanka*<sup>2</sup>, le premier recours au titre d'un ABI, le requérant cherchait à bénéficier d'une clause de responsabilité supposément plus large figurant dans un accord conclu avec un tiers. L'invocation de la règle NPF a été rejetée au motif que le requérant n'avait pas fait la preuve que l'autre ABI prévoyait effectivement un traitement plus favorable. Le tribunal n'a toutefois pas opposé un rejet de principe à cet argument.

Dans l'affaire *ADF c. États-Unis*<sup>3</sup>, le requérant cherchait à bénéficier d'une clause de traitement juste et équitable supposément plus large figurant dans des ABI tiers que les États-Unis avaient conclus avec l'Albanie et l'Estonie. L'objectif était de contourner l'interprétation plus restrictive que la Commission du libre-échange de l'ALENA avait faite, en 2001, de la clause de traitement juste et équitable de cet accord (art. 1105). La Commission du libre-échange avait expressément renvoyé à la norme minimale de traitement prévue par le droit international coutumier. Le tribunal a rejeté le recours de l'investisseur car il postulait «la validité de sa propre lecture des clauses pertinentes des accords avec l'Albanie et l'Estonie». De l'avis du tribunal, l'investisseur n'avait pas apporté la preuve que de telles «normes autonomes» existaient dans le droit international actuel ni, à supposer leur existence hypothétique, qu'il était

raisonnable de considérer les mesures prises par les États-Unis comme des violations de ces normes»<sup>4</sup>. Il convient de noter que des requérants ont soulevé des arguments similaires dans une série d'affaires en cours et d'avis d'intention au titre de l'ALENA (1992). L'objectif est d'abaisser le seuil défini par l'article 1105 en renvoyant à des ABI tiers conclus par les États-Unis et le Canada qui comportent supposément des clauses «autonomes» de traitement juste et équitable. Les accords tiers dont il est ici question sont des versions anciennes des ABI des États-Unis et du Canada, par opposition à leurs modèles d'accord actuels, qui concordent avec l'interprétation de la norme de traitement juste et équitable faite en 2001 par la Commission du libre-échange.

Certaines décisions ont eu recours à des dispositions d'accords tiers pour clarifier le sens des termes utilisés dans l'accord de base. Par exemple, dans l'affaire *CME c. République tchèque*, le tribunal a interprété l'expression «juste indemnisation» figurant dans la clause d'expropriation de l'ABI République tchèque/Pays-Bas comme ayant la même signification que le critère de la «juste valeur marchande» utilisé dans l'ABI République tchèque/États-Unis (1991)<sup>5</sup>.

## **2. Incorporation par renvoi de clauses de protection qui sont absentes de l'accord de base**

Dans l'affaire *MTD c. Chili*<sup>6</sup>, les requérants se sont appuyés sur la clause NPF inscrite dans l'ABI Chili-Malaisie (1992) pour faire valoir que les dispositions plus favorables figurant dans des accords tiers devraient s'appliquer. Ils s'étaient vu refuser les permis de planification nécessaires pour mener à bien un investissement dans un complexe immobilier, même s'ils avaient obtenu l'autorisation de l'office chilien d'investissement au niveau de l'administration centrale. Entre autres arguments, les requérants ont invoqué l'article 3 alinéa 1) de l'ABI Chili-Danemark (1993) et l'article 3 alinéa 1) de l'ABI Chili-Croatie (1994), qui imposent l'octroi des «permis nécessaires» après l'approbation et l'exécution des obligations contractuelles. Le tribunal a conclu que l'inclusion de ces dispositions en tant qu'élément de la protection «était en concordance» avec l'objectif de l'accord de base, qui consistait à «protéger et à créer des investissements plus favorables». Il a aussi fait valoir que les exclusions inscrites dans la clause NPF concernaient le traitement fiscal et la coopération régionale et que par conséquent, «*contrario sensu*», tout sujet qui n'était pas expressément exclu du jeu de la clause NPF devrait être considéré comme

un élément du traitement juste et équitable<sup>7</sup>. Il convient de souligner ici que dans l'accord de base, le traitement juste et équitable était lié au traitement NPF.

Le tribunal constitué dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*<sup>8</sup> a estimé que l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable pouvait être perçue comme incluse dans l'accord de base, l'ABI Pakistan-Turquie (1995), même si cet accord ne renfermait pas une clause de traitement juste et équitable. Le tribunal a fait observer que le Pakistan ne contestait pas l'assertion du requérant selon laquelle il avait conclu avec d'autres pays plusieurs ABI comportant une «clause explicite de traitement juste et équitable» et a poursuivi en concluant, sans plus de précisions, qu'en l'espèce et aux fins de l'évaluation de la compétence «*prima facie*, le Pakistan était tenu de traiter les investissements des ressortissants turcs de façon juste et équitable»<sup>9</sup>. Il convient de souligner qu'il s'agissait d'une décision sur la compétence et que la constatation avait un caractère uniquement *prima facie*. Le tribunal a néanmoins réaffirmé la décision sur la compétence à cet égard, faisant valoir que la norme de traitement juste et équitable pouvait être considérée comme incluse dans l'ABI Pakistan-Turquie, compte tenu du libellé de la clause NPF et du fait que le préambule de l'accord renvoyait lui aussi à cette norme. Le tribunal a poursuivi en examinant la question de savoir lequel des autres ABI signés par le Pakistan devait constituer l'accord conclu avec un tiers. Il a conclu que ce devait être l'ABI Pakistan-Suisse (1995), au motif qu'il s'agissait d'un accord postérieur (conclu en juillet plutôt qu'en mars 1995)<sup>10</sup>.

### 3. Modifier le champ d'application de l'accord: *ratione temporis* et *ratione materiae*

Dans l'affaire *TECMED c. Mexique*<sup>11</sup>, le requérant réclamait une application rétroactive de son recours en demandant la mise en œuvre d'une clause *ratione temporis* plus **favorable** de l'ABI Autriche-Mexique. L'objectif était d'inclure dans le recours certains actes qui s'étaient produits avant l'entrée en vigueur de l'accord de base, l'ABI Mexique-Espagne (2006) et qui étaient considérés comme «une préparation au comportement ultérieur». Rejetant le recours, le tribunal a statué:

«... les questions relatives à l'application de l'Accord dans le temps, qui font davantage intervenir la dimension temporelle de ses dispositions de fond que les questions de procédure ou de compétence,



*sont, en raison de leur signification et de leur importance, des questions essentielles qui doivent être considérées comme ayant été expressément négociées par les parties contractantes. Elles déterminent l'acceptation de l'accord par les parties, du fait qu'elles sont directement liées à la définition du régime de protection de fond applicable à l'investisseur étranger et, en particulier, au contexte juridique général (national ou international) dans lequel s'inscrit ce régime et à l'accès de l'investisseur étranger à ses dispositions de fond. Leur application ne peut donc pas être compromise par le principe énoncé dans la clause de la nation la plus favorisée.»<sup>12</sup> [caractères gras ajoutés].*

Outre les questions relatives à la portée temporelle, on ne sait toujours pas vraiment quelles autres dispositions de fond, s'il en est, pourraient constituer des «questions essentielles» selon ce critère. Il convient de souligner, à cet égard, que dans cette affaire le tribunal a laissé entendre que certaines dispositions étaient expressément négociées tandis que d'autres ne l'étaient pas.

De même, dans l'affaire *MCI c. Équateur*<sup>13</sup>, le requérant a demandé au tribunal de modifier l'application temporelle de l'ABI de base pour y inclure des faits qui s'étaient produits avant son entrée en vigueur. Il a invité le tribunal à examiner l'ABI Argentine-Équateur (1994) en guise d'accord conclu avec un tiers. Le tribunal a suivi les principales objections du défendeur, qui faisaient largement fond sur la décision *TECMED c. Mexique*, en ce qui concerne la non-rétroactivité de l'accord.

Dans l'affaire *Société générale c. République dominicaine*<sup>14</sup>, le tribunal devait statuer sur une question relevant du principe *ratione materiae*. La défenderesse a fait valoir que le tribunal n'avait pas compétence, étant donné l'absence d'un investissement admissible en vertu de l'accord de base, l'ABI République dominicaine/France (1999). Le requérant a soutenu que même si l'investissement ne répondait pas à la définition figurant dans l'ABI République dominicaine/France (1999), il répondait bien à la définition inscrite dans le CAFTA-RD (2004). Le tribunal a estimé que l'investisseur avait effectué un investissement visé par l'accord de base, mais il a tout de même rejeté l'option de remplacement proposée:

*«Chaque accord définit ce qu'il considère comme un investissement protégé et indique qui a droit à cette protection, et les définitions peuvent varier d'un accord à l'autre. En l'espèce, le recours au texte*

*spécifique de la clause NPF n'est pas nécessaire, car cette clause s'applique uniquement au traitement accordé à l'investissement ainsi défini, mais pas à la définition de l' "investissement" en soi.»<sup>15</sup>.*

Dans leur raisonnement, les arbitres ont analysé une notion juridique fondamentale, à savoir que pour recourir à la clause de traitement NPF, il faut invoquer valablement l'accord de base. En d'autres termes, il faut d'abord appliquer l'accord lui-même, par le jeu des clauses relatives au champ d'application et des clauses définitionnelles, et c'est seulement après cette première étape que le bénéficiaire de la clause NPF (l'investisseur) peut invoquer cette clause pour tenter d'obtenir un meilleur contenu matériel.

#### **4. Élimination de dispositions de l'accord de base**

D'autres affaires concernaient un scénario différent dans lequel les requérants tentaient d'éliminer une disposition non avantageuse de l'accord de base au motif que cette disposition ne figurait pas dans un accord conclu avec un tiers. De l'avis des requérants, l'absence d'une telle disposition avait pour effet de rendre plus favorables les modalités de l'accord conclu avec un tiers. Par exemple, dans l'affaire *CMS c. Argentine*<sup>16</sup>, le requérant cherchait à éviter l'application de l'exception d'urgence inscrite dans l'accord de base entre les États-Unis et l'Argentine. Le tribunal n'a pas été convaincu que cette clause avait un rôle à jouer en l'espèce et a statué que:

*«Ainsi, à supposer que d'autres clauses du type de l'article XI figurant dans ces accords aient prévu un traitement qui soit plus favorable pour l'investisseur, l'argument concernant le jeu de la CNPF aurait pu être invoqué. Néanmoins, la simple absence d'une telle disposition dans d'autres accords ne permet pas d'étayer cet argument, qui tomberait en tout état de cause par le jeu de la règle ejusdem generis, comme la défenderesse l'a fait valoir à juste titre.»<sup>17</sup>.*

Cette décision laisse entendre – il convient de le souligner, que l'absence d'une disposition dans un accord conclu avec un tiers ne peut justifier l'exclusion d'une disposition de l'accord de base par le jeu de la clause NPF.

### 5. Comparaison du traitement: le traitement «dans des circonstances similaires» et la détermination du meilleur traitement

Deux sentences arbitrales récentes ont examiné la question des «circonstances similaires» dans le contexte du traitement NPF. Dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*<sup>18</sup>, le tribunal a estimé qu'il fallait effectuer une comparaison avec un investisseur se trouvant dans des circonstances similaires. Dans cette affaire où des investisseurs étrangers étaient en concurrence pour le même projet (marché public), le tribunal a comparé non seulement deux investisseurs du même secteur économique, mais aussi les caractéristiques de leurs propositions de projet respectives. De même, dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan* (décision sur le fond), le tribunal a établi que les similitudes et partant la comparabilité entre les investisseurs étrangers devaient être examinées sous l'angle des modalités contractuelles et des circonstances. Il convient de souligner ici que dans ces deux affaires, la clause NPF sous-jacente ne contenait aucune référence à des «circonstances similaires», ni aucune autre formulation du même ordre. Cela porte à croire que – comme il a été indiqué plus haut, l'obligation de comparer des investisseurs/investissements comparables est un élément implicite du fonctionnement de la clause de traitement NPF et n'a pas besoin d'être expressément établie.

Dans la pratique, le critère de comparaison a fonctionné de différentes manières, en fonction de ce que le requérant cherchait à obtenir par le jeu de la clause NPF. Lorsque le requérant cherchait à obtenir un meilleur traitement matériel ou réel, comme dans les affaires susvisées, le tribunal a comparé le traitement accordé à deux investisseurs étrangers se trouvant dans des circonstances identiques. En revanche, lorsque le requérant invoquait la clause NPF pour obtenir le bénéfice d'une clause de protection de fond ou d'une clause de règlement des différends provenant d'un accord conclu avec un tiers, le tribunal s'en est tenu au simple fait que le requérant possédait la qualité d'«investisseur» en vertu de l'accord de base et ne s'est pas engagé dans une comparaison réelle de l'investisseur en cause avec un investisseur étranger d'un pays tiers.

Dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*, la partie requérante a fait valoir que l'État d'accueil n'avait pas appliqué la même norme de traitement, contrairement aux obligations découlant de la clause NPF; elle a allégué qu'une société hollandaise avait été retenue comme adjudicataire, obtenant ainsi le marché de construction du projet, alors que son offre à elle (une

société norvégienne) avait été rejetée. Le tribunal a rappelé que le traitement NPF et le traitement national étaient, par essence, très similaires. Il a fait valoir que les deux clauses avaient des conditions d'application similaires et que fondamentalement elles accordaient à leurs bénéficiaires des avantages indirects, à savoir un traitement non moins favorable que celui qui était accordé à des tiers. Il a poursuivi en précisant la base de comparaison qui devait être appliquée:

*«Pour que la discrimination soit avérée, il faut examiner les circonstances de l'espèce. La discrimination fait intervenir soit des questions de droit, telles qu'une législation accordant des traitements différents en fonction de la citoyenneté, ou des questions de fait lorsqu'un État traite différemment, sans justification, des investisseurs se trouvant dans des circonstances similaires. [...] Au demeurant, pour que la discrimination constitue une violation du droit international, elle doit être déraisonnable ou manquer de proportionnalité; par exemple, elle doit être inappropriée ou excessive pour la réalisation d'un objectif étatique autrement légitime. Il est possible qu'une cause objective justifie le traitement différencié de cas similaires. Il serait nécessaire, dans chaque cas, d'évaluer les circonstances exactes et le contexte.*

*La condition essentielle pour conclure à la violation d'une clause NPF est l'existence d'un traitement différent accordé à un autre investisseur étranger se trouvant dans une situation similaire. Il est donc nécessaire d'effectuer une comparaison avec un investisseur se trouvant dans des circonstances similaires. La notion des circonstances similaires a été abondamment analysée par les tribunaux.»<sup>19</sup>.*

Le tribunal a utilisé le critère du «même secteur économique ou secteur d'activité» et a aussi examiné les éventuelles politiques ou finalités sous-jacentes à la mesure et susceptibles de justifier une différence de traitement. Même si les comparateurs pertinents étaient engagés dans des activités similaires (ils étaient en concurrence pour le même projet), le tribunal a conclu que les investisseurs en cause étaient dans des circonstances différentes en raison, notamment, du fait que leurs offres et leurs propositions de projet présentaient des caractéristiques différentes.

*«... malgré les similitudes d'objectif et de lieu, le tribunal a conclu, tout bien considéré, que la différence de taille entre le projet de Pinus Proprius et le projet de BP, conjuguée au vaste prolongement de ce*

*dernier dans la vieille ville, à proximité du secteur de la cathédrale, est suffisamment importante pour établir que les deux investisseurs n'étaient pas dans des circonstances similaires ... La ville de Vilnius avait donc effectivement des raisons légitimes de faire une distinction entre les deux projets. En effet, le refus par la municipalité de Vilnius d'autoriser le projet de BP à Gedimino se justifiait par diverses préoccupations, notamment sous l'angle de la préservation historique et archéologique et de la protection de l'environnement.»<sup>20</sup>.*

Dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, le requérant a allégué qu'il avait été expulsé pour des raisons d'économie de coûts et de favoritisme local, compte tenu notamment du fait que des ressortissants pakistanais associés à des entrepreneurs étrangers s'étaient vu accorder des échéanciers beaucoup plus favorables et que ces autres entrepreneurs n'avaient pas été expulsés même si leur retard par rapport au calendrier d'achèvement était beaucoup plus important. Comme l'indique la décision sur la compétence, le tribunal a rappelé que le traitement NPF et le traitement national ne se limitaient pas au comportement réglementaire mais qu'ils s'étendaient aussi à la manière dont les États concluent un contrat d'investissement et/ou exercent leurs droits à cet égard. Pour le tribunal, la première étape consistait à déterminer si l'investisseur était dans une «situation similaire» à celle des autres investisseurs d'autres nationalités et – au cas où cette exigence était satisfaite, si l'investisseur s'était vu accorder un traitement moins favorable. S'agissant du premier point, le tribunal a établi que les similitudes devaient être examinées sous l'angle des modalités contractuelles et des circonstances, mais il n'a pas été en mesure de procéder à une comparaison valable, compte tenu de l'absence de données sur les modalités et l'exécution des différents contrats en cause. Il en a conclu que les arguments ne suffisaient manifestement pas à étayer une violation de la clause de traitement NPF.

### **C. Le traitement NPF et l'incorporation par renvoi de clauses procédurales provenant d'autres accords**

L'applicabilité du traitement NPF aux clauses de règlement des différends inscrites dans les accords d'investissement a fait l'objet de nombreuses affaires d'arbitrage dans le cadre desquelles l'État défendeur a contesté la compétence du tribunal arbitral. On distingue à cet égard deux catégories d'affaires. Dans une première série d'affaires, les requérants ont invoqué le traitement NPF pour faire échec à une exigence procédurale qui

conditionne l'introduction d'un recours devant une instance d'arbitrage internationale. Il en est résulté une série de recours contre l'Argentine, car plusieurs ABI argentins prévoient une période d'attente de dix-huit mois durant laquelle des recours doivent être exercés devant les tribunaux locaux (recours locaux) avant que l'affaire ne puisse être soumise à l'arbitrage international. La première grande affaire de ce genre a été l'affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>21</sup>, mais c'est l'Argentine qui a été l'État défendeur dans toutes les affaires ultérieures. La clause NPF a été invoquée pour éluder ou contourner l'exigence des dix-huit mois de recours locaux, au motif que des ABI tiers conclus par l'État d'accueil (l'Argentine) ne renfermaient pas une telle disposition. L'État défendeur a fait valoir que la période d'attente obligatoire était une condition qui devait être remplie pour qu'un recours puisse être formé devant un tribunal arbitral et que le tribunal n'aurait pas compétence en l'espèce à moins que cette condition n'ait été satisfaite. Les arguments invoqués par l'une et l'autre parties à ces affaires seront examinés au titre des règles concernant l'«admissibilité».

Dans la seconde catégorie d'affaires, les requérants ont tenté par le jeu de la clause NPF de porter le seuil juridictionnel du tribunal arbitral – c'est-à-dire le champ de son mandat – au-delà des dispositions spécifiques de l'accord de base. Cette utilisation de la clause NPF donnerait compétence au tribunal arbitral pour connaître de questions ou de différends que l'accord de base n'envisage pas ou qu'il exclut de manière expresse. Les affaires en question concernent une requête qui visait à porter des réclamations contractuelles devant un groupe spécial d'arbitrage et un certain nombre de requêtes qui visaient à étendre la compétence des tribunaux arbitraux au-delà de l'évaluation de l'indemnisation consécutive à une expropriation. Cette seconde catégorie d'affaires sera examinée sous la rubrique des règles concernant le «champ de compétence».

### **1. Règles concernant l'«admissibilité»**

Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, le tribunal a estimé que le requérant pouvait se prévaloir de la clause de traitement NPF figurant dans l'ABI Argentine-Espagne (1991) pour contourner ou éviter la période d'attente de dix-huit mois qui doit précéder le recours à l'arbitrage international. L'argument invoqué par le requérant était que l'accord conclu avec un tiers conclu entre l'Espagne et le Chili ne comportait pas une telle prescription et que par conséquent la clause de règlement des différends inscrite dans cet accord conclu avec un tiers était moins

restrictive. Il était donc possible d'incorporer cette clause par le jeu de la clause NPF figurant dans l'accord de base. En s'appuyant largement sur la décision *Ambiatelos*, le tribunal a jugé que même si la clause NPF ne renvoyait pas expressément au règlement des différends, «il y a[vait] de bonnes raisons de conclure que les mécanismes de règlement des différends [étaient] indissociablement liés à la protection des investisseurs étrangers». Il a précisé ce qui suit:

*«... on peut conclure que si un accord avec une tierce partie contient des dispositions relatives au règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et des intérêts des investisseurs que celles qui sont contenues dans l'accord de base, ces dispositions pourraient être étendues au bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée car elles sont entièrement compatibles avec le principe ejusdem generis. Bien entendu, l'accord avec la tierce partie doit avoir le même objet que l'accord de base, qu'il s'agisse de la protection des investissements étrangers ou de la promotion du commerce, car les dispositions relatives au règlement des différends opéreront dans le contexte de ces questions, à défaut de quoi il y aurait violation de ce principe. Ce fonctionnement de la clause de la nation la plus favorisée comporte cependant des limites importantes découlant de considérations de politique publique qui seront examinées en détail plus loin.»<sup>22</sup>.*

Le tribunal a examiné la pratique de négociation de l'Espagne, d'après laquelle «sa préférence consiste à permettre l'arbitrage au terme d'un effort de six mois pour parvenir à un règlement amiable». De plus, la formulation en termes larges de la clause NPF, renvoyant à «toutes les questions», figurait uniquement dans l'accord conclu entre l'Espagne et l'Argentine, mais dans aucun autre des accords conclus par l'Espagne.

Le tribunal a toutefois reconnu certaines «limites importantes qu'il fallait garder à l'esprit» et a posé des limites à l'application de la clause NPF en précisant ce qui suit:

*«... Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les Parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord en question, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé,*

*comme ce sera souvent le cas. La portée de la clause pourrait donc être plus étroite qu'elle ne le paraît à première vue.*

*Il est évident, en tout état de cause, qu'il faut faire la distinction entre l'extension légitime des droits et des avantages par le jeu de l'application de la clause d'une part, et la recherche systématique de l'accord le plus favorable, qui irait nettement à l'encontre des objectifs des dispositions sous-jacentes spécifiques des accords d'autre part.»<sup>23</sup>.*

Le tribunal a poursuivi en donnant des exemples de dispositions qu'on ne pouvait contourner en invoquant la clause NPF car cela aurait pour effet de «compromettre la finalité de mécanismes que de nombreux pays estiment importants du point de vue de la politique gouvernementale», à savoir, entre autres: i) le consentement à l'arbitrage sous réserve d'épuisement des recours locaux; ii) la règle du choix irrévocable; iii) le choix d'une instance d'arbitrage particulière, comme le CIRDI; et iv) le consentement à un système d'arbitrage très institutionnalisé, comme celui de l'ALENA (1992) ou des dispositifs similaires.

Cette décision a suscité un débat intense – qui se poursuit encore – sur la question de savoir si le traitement NPF inclut l'accès à l'arbitrage international prévu dans les dispositions des différents accords en ce qui concerne le règlement des différends entre investisseurs et État.

La même question s'est posée dans le cadre de l'affaire *Siemens c. Argentine*<sup>24</sup>. En l'espèce, le tribunal a rejeté l'argument de la défenderesse selon lequel la clause NPF s'appliquait uniquement au «traitement des transactions à caractère commercial et économique en rapport avec l'exploitation et la gestion des investissements» ou avec la «compétitivité des investissements». En se basant sur un raisonnement similaire à celui de l'affaire *Maffezini c. Espagne*, il a conclu ce qui suit:

*«... l'accord lui-même [l'ABI Argentine-Allemagne], comme tant d'autres accords de protection des investissements, comporte un trait distinctif, à savoir des mécanismes spéciaux de règlement des différends qui ne sont normalement pas accessibles aux investisseurs. L'accès à ces mécanismes s'inscrit dans le cadre de la protection accordée en vertu de l'accord. Il fait partie du traitement accordé aux investisseurs étrangers et à leurs investissements et des avantages qui sont accessibles par le jeu d'une clause NPF.»<sup>25</sup>.*



Le tribunal a fait valoir que «*le but de la clause NPF est d'éliminer l'effet de dispositions spécialement négociées, sauf lorsqu'elles font l'objet d'une exception*»<sup>26</sup>. Il y a lieu de croire que cette affirmation a une portée trop vaste. Le tribunal a rejeté un autre argument soulevé par la défenderesse, à savoir que si l'investisseur devait incorporer par renvoi les aspects avantageux d'un accord conclu avec un tiers, il devait aussi incorporer les aspects désavantageux (le tribunal reconnaissait toutefois le bien-fondé de l'argument, puisque les accords sont négociés «en tant que dispositif global» et que les inconvénients peuvent constituer une contrepartie pour les avantages):

«[...] *Même si la clause NPF a un caractère général, son application ne touchera que les avantages pouvant être conférés par l'accord de référence, et uniquement dans la mesure où ces avantages sont perçus comme tels.*»<sup>27</sup>.

Dans l'affaire *Gas Natural c. Argentine*, après avoir soutenu que les clauses de règlement des différends faisaient partie du dispositif global de protection dont bénéficient les investisseurs étrangers et constituaient une «incitation importante» offerte par les États d'accueil, le tribunal s'est prononcé en ces termes: «[...] *À moins qu'il n'apparaisse de manière évidente que les États parties à un ABI ou les parties à un accord particulier sur l'investissement se sont accordés sur une méthode différente pour résoudre les différends susceptibles de se produire, les tribunaux devraient considérer les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les ABI comme étant applicables au règlement des différends*»<sup>28</sup>. Dans l'affaire *Suez c. Argentine*, le tribunal a adopté une approche similaire lorsqu'il a affirmé que «[...] *Du point de vue de la promotion et de la protection des investissements – objectif déclaré de l'ABI Argentine-Espagne, le règlement des différends est aussi important que les autres questions régies par l'accord et fait partie intégrante du régime de protection des investissements sur lequel deux États souverains, l'Argentine et l'Espagne, se sont accordés.*»<sup>29</sup>. Le tribunal a aussi porté une attention particulière au libellé de la clause NPF, qui renvoie à «toutes les questions», ainsi qu'à sa liste d'exceptions, qui ne comprend pas le règlement des différends. Les tribunaux sont parvenus à des conclusions similaires dans les affaires *Cammuzi c. Argentine*<sup>30</sup>, *National Grid c. Argentine*<sup>31</sup> et *AWG c. Argentine*<sup>32</sup>.

Certaines des affaires évoquées ci-dessus et postérieures à l'affaire *Maffezini c. Espagne* découlaient de dispositions conventionnelles diversement libellées mais ont abouti à la même conclusion: la règle des dix-huit mois d'attente a été écartée, et le tribunal avait compétence. Apparemment, l'argument principal est que les clauses de règlement des différends font partie intégrante de la protection des investisseurs étrangers (*Maffezini*, *Suez*, *AWG Group*, *National Grid*). Par conséquent, «l'accès à ces mécanismes [procéduraux] fait partie de la protection accordée en vertu de l'accord» (*Siemens c. Argentine*, par. 102), et l'accès à l'arbitrage international constitue «un élément crucial – et peut-être, en fait, l'élément le plus crucial» des ABI (*Gas Natural c. Argentine*, par. 29). Ces arguments s'appuient sur l'objet et la finalité de l'accord sous-jacent, qui découlent parfois du préambule. Parmi les autres arguments figurent le libellé et la construction grammaticale de la clause NPF, y compris le principe «*expressio unius est exclusio alterius*»<sup>33</sup>, et la pratique de négociation de l'Argentine quant à l'inclusion de la règle des dix-huit mois.

Au demeurant, dans ces affaires les tribunaux arbitraux n'ont pas estimé que la clause NPF avait une portée illimitée. Ils ont suivi le raisonnement du tribunal qui avait statué sur l'affaire *Maffezini c. Espagne* et ont énuméré une série de limites à l'application de cette clause. Comme il a été indiqué plus haut, certaines limites d'ordre public adoptées par les parties aux accords ont été prises en compte<sup>34</sup>. De plus, une distinction a été faite entre «l'extension légitime des droits et des avantages par le jeu de l'application de la clause d'une part, et la recherche systématique de l'accord le plus favorable, qui irait nettement à l'encontre des objectifs des dispositions sous-jacentes spécifiques des accords d'autre part»<sup>35</sup>. En des termes similaires, le tribunal constitué dans l'affaire *Siemens c. Argentine* a établi que «le bénéficiaire de la clause NPF ne peut faire échec à des considérations d'ordre public que les parties à un accord ont jugées essentielles pour leur consentement»<sup>36</sup>. Dans l'affaire *Gas Natural c. Argentine*, le tribunal a rejeté l'argument selon lequel la période d'attente de dix-huit mois était une «règle dictée par des considérations de politique publique»<sup>37</sup> tandis que dans l'affaire *National Grid c. Argentine* le tribunal a admis que certains requérants avaient essayé d'utiliser la clause NPF «au-delà des limites raisonnables»<sup>38</sup>.

Toutefois, dans une affaire plus récente, cette approche a été rejetée par un tribunal arbitral appelé à statuer sur la règle des recours locaux inscrite

dans les ABI de l'Argentine. Dans l'affaire *Wintershall c. Argentine*<sup>39</sup>, le requérant a tenté de faire échec à cette règle en alléguant qu'elle ne comportait aucune notion de compétence, de consentement ou de «politique publique». Il a aussi fait valoir les arguments qui avaient été utilisés par les tribunaux précédemment constitués pour statuer sur la même question. Toutefois, le tribunal a poursuivi en qualifiant d'«erreur manifeste» l'argument selon lequel la question en cause n'était liée ni au consentement, ni à la compétence. Ce faisant, il donnait un poids particulier au «consentement» en tant que principe fondateur servant d'assise à la compétence:

*«En outre, il existe un principe général du droit international d'après lequel les tribunaux internationaux ne peuvent exercer leur compétence à l'égard d'un État qu'avec le consentement de ce dernier. Ce principe est souvent décrit comme un corollaire de la souveraineté et de l'indépendance des États. Un consentement présumé n'est pas considéré comme suffisant, car les tribunaux ne peuvent présumer d'aucune restriction (non convenue) à l'indépendance d'un État...»<sup>40</sup>.*

Le tribunal a jugé que la «règle du délai» (période d'attente de dix-huit mois) était une «composante à part entière de l'offre intégrée de l'Argentine en rapport avec l'arbitrage du CIRDI», que l'investisseur devrait «accepter selon les mêmes modalités». Le tribunal a aussi fondé sa décision sur une analyse du libellé de la clause NPF et a estimé que le «traitement» visé par la clause n'incluait pas le règlement des différends. Il en a conclu ce qui suit:

*«... d'ordinaire, et tout simplement, la possibilité pour un investisseur de choisir librement parmi les différentes options offertes dans d'autres accords négociés avec d'autres parties dans des circonstances différentes l'emporte sur la clause de règlement des différends inscrite dans l'accord de base lui-même – à moins, bien entendu, que la clause NPF de l'accord de base n'indique de façon claire et précise qu'elle devrait être ainsi interprétée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.»<sup>41</sup>.*

Critiquant la décision *Siemens*, le tribunal s'est dit d'avis que:

*«[...] Ajouter des mots à un accord sur la base d'une intention présumée est une démarche à éviter. Il a été dit de cette démarche qu'elle relève d'une interprétation "tendant à créer le sens plutôt qu'à le découvrir".»<sup>42</sup>.*

Le tribunal a ajouté ce qui suit:

*«Même une expression telle que “toutes les questions relatives à [...]” figurant dans une clause NPF peut ne pas suffire pour étendre l’application de cette clause aux dispositions de l’accord relatives au règlement des différends.»<sup>43</sup>.*

Il convient de souligner que, indépendamment de la manière dont les tribunaux analysent la nature et la portée du consentement donné au titre des clauses de règlement des différends, le libellé effectif d’une clause de traitement NPF est un élément important, et un tribunal arbitral ne peut pas simplement écarter une clause qui est libellée en termes larges.

## **2. Règles «juridictionnelles»**

Dans la seconde catégorie d’affaires, certains tribunaux ont rejeté l’approche *Maffezini c. Espagne* au motif qu’on ne pouvait se prévaloir d’une clause de traitement NPF pour bouleverser ou contourner les règles juridictionnelles de l’accord de base. Il s’agit entre autres des affaires *Salini, Plama, Telenor* et *Berschader*. Dans ces affaires, les tribunaux ont dit douter que les Parties contractantes aient raisonnablement pu avoir l’intention d’établir la compétence au moyen d’une incorporation par renvoi, à moins que cette intention n’ait été explicitement inscrite dans les dispositions de l’accord de base relatives au règlement des différends.

Dans l’affaire *Salini c. Jordanie*<sup>44</sup>, l’investisseur s’est appuyé sur la clause de traitement NPF pour porter des revendications contractuelles devant un tribunal du CIRDI, étant donné que l’accord de base, l’ABI Italie-Jordanie (2001), dispose que ses modalités doivent régir le règlement de tout différend relatif à un contrat d’investissement. En examinant les premières affaires liées à cette question, le tribunal a rejeté toute analogie avec l’affaire *Ambiatelos*. De plus, il s’est montré critique envers le raisonnement utilisé dans l’affaire *Maffezini c. Espagne*, faisant observer que ce raisonnement pouvait *«s’avérer difficile à appliquer dans la pratique et renforcer ainsi les incertitudes liées au risque d’une “recherche systématique de l’accord le plus favorable”»<sup>45</sup>*. Il a fait observer, en outre, que la clause NPF ne contenait aucune disposition qui élargisse son champ d’application au règlement des différends:

*«... les requérants n’ont présenté aucun élément qui pourrait permettre d’établir que l’intention commune des Parties était de voir la clause de*

*la nation la plus favorisée s'appliquer au règlement des différends. Tout au contraire, l'intention exprimée à l'article 9 alinéa 2) de l'ABI était d'exclure de la compétence du CIRDI les différends d'ordre contractuel entre un investisseur et une entité d'un État partie, de sorte que ces différends puissent être réglés conformément aux procédures énoncées dans les contrats d'investissement. Enfin, les requérants n'ont cité aucune pratique ayant cours en Jordanie ou en Italie pour étayer leurs réclamations.»<sup>46</sup>.*

Dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*<sup>47</sup>, le requérant cherchait à élargir le champ de compétence défini par l'ABI de base, qui se limitait textuellement aux controverses concernant l'indemnisation en cas d'expropriation. Il espérait y parvenir en renvoyant à un ABI tiers dont la clause de règlement des différends était plus large et ouverte à d'autres types de réclamations. Le tribunal n'a toutefois pas suivi les arguments avancés par le requérant, même si ces arguments avaient été décisifs dans les affaires liées à la règle des dix-huit mois (voir ci-dessus). Le tribunal a aussi examiné l'historique des ABI conclus par la Bulgarie; il a tenu compte du fait qu'elle avait l'habitude de négocier des ABI de nature restrictive durant le régime communiste et que ses négociations avec Chypre en 1998 pour tenter de réviser leur ABI n'avaient pas été concluantes sur cette question particulière qu'est la portée de la clause de règlement des différends.

Le tribunal s'est appuyé sur un principe établi «tant dans le droit local que dans le droit international», à savoir que le consentement à l'arbitrage devrait être «clair et précis» et que par conséquent il n'était pas possible de déterminer l'intention claire et précise des parties si ce consentement devait prendre la forme d'une incorporation par renvoi.

De plus, le tribunal a souligné la nécessité d'un critère objectif de traitement moins favorable:

*«En outre, au doute sur la pertinence de la clause NPF d'un accord pour y incorporer des clauses de règlement des différends d'autres accords se conjugue la difficulté d'appliquer un critère objectif à la question de savoir ce qui est plus favorable. Le requérant soutient qu'il est manifestement plus favorable pour l'investisseur d'avoir le choix entre divers mécanismes de règlement des différends et de régler l'intégralité d'un différend par voie d'arbitrage comme le prévoit l'ABI Bulgarie-Finlande que de se confiner à un arbitrage restreint limité au*

*quantum d'indemnisation pour l'expropriation. Le tribunal est enclin à convenir avec le requérant que, en l'espèce, un choix vaut mieux que l'absence de choix. Par contre, qu'en est-il si un ABI prévoit un arbitrage de la CNUDCI et qu'un autre désigne le CIRDI? Lequel est plus favorable?»<sup>48</sup>.*

Par ailleurs, le tribunal a accordé une grande importance aux effets radicaux recherchés par le requérant. Il a évoqué les risques liés à la «recherche systématique [et non maîtrisée] de l'accord le plus favorable»:

*«... Ajouter au traitement prévu dans un accord un traitement plus favorable prévu ailleurs est une chose. Remplacer une procédure expressément négociée par les parties par un mécanisme entièrement différent en est une tout autre.»<sup>49</sup>.*

*«... Lorsque des États concluent un accord d'investissement multilatéral ou bilatéral comportant des clauses spécifiques de règlement des différends, on ne peut s'attendre à ce qu'ils laissent subsister la possibilité du remplacement futur (partiel) de ces clauses par d'autres dispositifs de règlement des différends au moyen d'une clause NPF, à moins qu'ils n'y consentent de manière explicite... Le présent Tribunal ne voit pas comment une harmonisation des clauses de règlement des différends peut être obtenue par le recours à la clause NPF. Au contraire, la "diversité de traitement" et l'"auto-adaptation de la clause NPF" au regard des clauses de règlement des différends (d'après les allégations du requérant) ont pour effet de conférer à l'investisseur la faculté de sélectionner des dispositions provenant des différents accords bilatéraux d'investissement. S'il en était ainsi, un État d'accueil qui n'y aurait pas expressément consenti pourrait être confronté à de nombreuses permutations de clauses de règlement des différends provenant des divers accords qu'il a conclus. Une situation aussi chaotique – en fait, contre-productive pour l'harmonisation – ne peut constituer l'intention présumée des Parties contractantes.»<sup>50</sup>.*

Après avoir examiné les affaires antérieures pertinentes (tout en formulant quelques critiques relativement à l'affaire *Maffezini c. Espagne* ainsi qu'à l'affaire *Siemens c. Argentine*), le tribunal a conclu ce qui suit:

*«... une clause NPF d'un accord de base n'incorpore pas par renvoi, en tout ni en partie, les clauses de règlement des différends d'autres accords, sauf si la clause NPF de l'accord de base ne laisse aucun*

*doute quant à l'intention des Parties contractantes de les incorporer.»<sup>51</sup>.*

Dans l'affaire *Telenor c. Hongrie*<sup>52</sup>, comme dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, la question s'est posée de savoir si l'on pouvait recourir à la clause NPF pour étendre le champ des requêtes au-delà de l'indemnisation pour expropriation. Rejetant la requête, le tribunal a souscrit «*sans réserves*» à la déclaration de principe qui avait été faite par le tribunal ayant statué dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*; il s'est basé pour cela sur «*quatre raisons impérieuses*».

La première et la quatrième raison relevaient du domaine de l'interprétation:

*«... En l'absence d'un libellé ou d'un contexte faisant croire le contraire, le sens ordinaire du libellé "les investissements se verront accorder un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux investissements des investisseurs d'un État tiers" est que les droits matériels de l'investisseur en ce qui concerne ses investissements ne doivent pas être traités d'une manière moins favorable que les droits découlant d'un accord bilatéral d'investissement entre l'État d'accueil et un État tiers, et il n'existe aucune raison de considérer ce libellé comme incorporant également les droits procéduraux. Stipuler que l'investisseur doit bénéficier du traitement NPF pour ses investissements est une chose, mais c'est une tout autre chose d'utiliser la clause NPF d'un accord bilatéral d'investissement pour contourner une limitation inscrite dans le même accord lorsque les parties n'ont pas choisi d'insérer dans cette clause un libellé montrant que telle était leur intention – comme cela a été fait dans certains accords.*

*[...] le présent Tribunal considère que sa tâche consiste à interpréter l'accord d'investissement et, dans cette optique, à appliquer les principes d'interprétation ordinaires et non à écarter, par renvoi à des considérations de politique générale sur la protection des investisseurs, le mécanisme de règlement des différends spécifiquement négocié par les parties»<sup>53</sup>.*

La deuxième et la troisième raison concernent les risques liés à la «recherche systématique de l'accord le plus favorable», à l'incertitude et à l'imprévisibilité (que l'on ne saurait raisonnablement considérer comme représentant l'intention des parties):

«[...] une interprétation large de la clause NPF a pour effet d'exposer l'État d'accueil à ce que l'investisseur recherche systématiquement l'accord le plus favorable parmi un nombre indéterminé d'accords en vue de trouver une clause de règlement des différends dont la portée soit suffisamment large pour inclure un différend qui n'entre pas dans le champ d'application de la clause de règlement des différends de l'accord de base, et là encore, il y aurait des questions sur le point de savoir si l'investisseur pourrait choisir les éléments de la clause plus large de règlement des différends qui vont dans le sens de ses objectifs tout en écartant ceux qui ne vont pas dans ce sens.

[...] l'interprétation large engendre à la fois de l'incertitude et de l'instabilité, car à un moment la limitation inscrite dans l'accord de base opère et le moment suivant elle est écartée par une clause de règlement des différends de portée plus large inscrite dans un nouvel accord conclu par l'État d'accueil.»<sup>54</sup>.

L'affaire *Berschader c. Fédération de Russie* a débouché sur un résultat similaire<sup>55</sup>. En l'espèce, le tribunal a souscrit au raisonnement effectué dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* selon lequel «un consentement à l'arbitrage ne devrait pas prendre la forme d'une incorporation par renvoi».

«[...] C'est pourquoi, même s'il est sans doute vrai qu'il n'existe aucun principe général d'après lequel le consentement à l'arbitrage devrait être compris de manière restrictive, il faudrait être particulièrement méticuleux en s'assurant des intentions des parties quant à un consentement à l'arbitrage qui résulterait de l'incorporation par renvoi dans une clause NPF.»<sup>56</sup>.

En définitive, le tribunal s'est dissocié du raisonnement effectué par un autre tribunal arbitral dans la sentence *Gas Natural c. Argentine*:

«Le tribunal qui a statué dans l'affaire *Gas Natural* a laissé entendre que par principe, les clauses NPF des accords bilatéraux d'investissement devraient être comprises comme étant applicables aux clauses de règlement des différends à moins qu'il n'apparaisse clairement que telle n'était pas l'intention des parties. Pour les raisons exposées plus haut, il devrait être évident que le présent Tribunal ne peut souscrire à ce point de vue. Le présent Tribunal appliquera plutôt le principe selon lequel la clause NPF d'un accord bilatéral d'investissement se verra incorporer par renvoi une clause d'arbitrage



*d'un autre accord uniquement si les dispositions de l'accord d'origine le prévoient de façon claire et précise ou qu'on peut, autrement, déduire de façon claire que telle était l'intention des Parties contractantes.»<sup>57</sup>.*

Le tribunal a rejeté l'argument selon lequel l'accès à l'arbitrage constituait dans les faits une forme si importante de protection des investissements que la non-extension des clauses NPF aux clauses d'arbitrage irait à l'encontre de l'objet et de l'objectif prépondérants d'un ABI (l'argument crucial dans la série de recours contre l'Argentine en rapport avec la règle des dix-huit mois). De l'avis du tribunal, il s'agissait d'un argument purement générique qui apportait peu ou pas d'indications concourant à déterminer l'intention des parties à l'accord.

Enfin, dans l'affaire *Tza Yap Shum c. Pérou*<sup>58</sup>, le tribunal arbitral a examiné la clause NPF de l'ABI Chine-Pérou (1994). S'inscrivant dans le sillage des accords traditionnels conclus par la Chine, cet accord était limité, lui aussi, aux réclamations concernant l'indemnisation pour expropriation. Le tribunal n'a pas jugé que le «traitement» visé dans la clause NPF se limitait aux questions commerciales de fond et n'a pas trouvé de preuves attestant que les parties avaient l'intention d'attribuer une signification particulière au terme «traitement». Il a reconnu que *«lorsqu'une nation insère une ou plusieurs clauses NPF dans un accord, elle le fait de manière intentionnelle pour reconnaître qu'elle accorde aux investisseurs de l'autre État signataire de l'accord en question [...] le traitement et la protection plus favorables qui découleront d'accords futurs»* tout en reconnaissant que *«chaque clause NPF est un monde en soi, et la détermination de son champ d'application passe nécessairement par une interprétation individualisée»<sup>59</sup>*. En définitive, toutefois, le tribunal a accordé du poids aux dispositions spécifiques de la clause de règlement des différends:

*«[...] le Tribunal en conclut que le libellé spécifique de l'article 8 alinéa 3) devrait prévaloir sur le libellé général de la clause NPF énoncée à l'article 3 et qu'il convient de rejeter les arguments contraires du requérant.»<sup>60</sup>.*

Il y a lieu de souligner que cette conclusion découle du libellé spécifique de la clause d'arbitrage inscrite dans l'accord de base, qui autorise l'extension de la compétence au-delà des affaires d'expropriation uniquement «si les parties en conviennent»<sup>61</sup>.

Les tribunaux arbitraux avaient donc une certaine tendance à rejeter la détermination de la compétence sous forme d'incorporation par référence dans une clause NPF; cette tendance a été remise en question par la décision rendue dans l'affaire *RosInvestCo c. Fédération de Russie*<sup>62</sup>, où le tribunal a accepté d'élargir le champ de compétence par le jeu d'une clause NPF. Ce faisant, le tribunal a déclaré que cet élargissement «*était un résultat normal de l'application de la clause NPF*»<sup>63</sup>. L'État défendeur avait toutefois rappelé que «*tous les tribunaux qui [avaient] examiné la question de l'extension de la compétence des tribunaux internationaux par l'effet de la clause NPF [avaient] rejeté la position du requérant [...]*».

Après avoir reconnu (au paragraphe 130) que l'arbitrage constitue un «*aspect hautement pertinent de la protection correspondante pour l'investisseur*», le tribunal a conclu que:

«*[...] S'il est vrai, en effet, que l'application de la clause NPF élargit la portée de l'article 8 [règlement des différends] et en contredit ainsi la limitation, il s'agit d'un résultat normal de l'application des clauses NPF, dont le caractère et l'intention mêmes sont de faire en sorte qu'une protection non acceptée dans un accord soit élargie par la voie du transfert de la protection découlant d'un autre accord.*»<sup>64</sup>.

Pour le tribunal, la distinction entre les dispositions «matérielles» de l'accord et ses dispositions «procédurales» n'avait pas de pertinence:

«*Si cet effet est généralement accepté dans le contexte de la protection de fond, le Tribunal ne voit aucune raison de ne pas l'accepter dans le contexte des clauses procédurales telles que les clauses d'arbitrage. Tout au contraire, on pourrait prétendre que s'il s'applique à la protection de fond, il devrait donc s'appliquer encore davantage à la «simple» protection procédurale. Le Tribunal estime toutefois que ce dernier argument ne peut être considéré comme décisif, mais que plutôt, comme il a été précisé plus haut, une clause d'arbitrage, au moins dans le contexte de l'expropriation, a la même valeur de protection que toute protection de fond conférée par les dispositions applicables telles que l'article 5 de l'accord d'investissement.*»<sup>65</sup>.

Plus récemment, dans l'affaire *Renta c. Fédération de Russie*<sup>66</sup>, le tribunal a dû réexaminer la clause NPF et la question de savoir si cette clause pouvait être invoquée pour élargir le champ de compétence au-delà des réclamations concernant l'expropriation. Pour le tribunal, la question

fondamentale était de déterminer si l'accès à l'arbitrage constituait un élément à part entière du traitement auquel l'investisseur étranger a droit en vertu de la clause NPF.

*«... Il n'est pas convaincant, de la part d'un État, de prétendre en termes généraux qu'il a accepté un système d'arbitrage particulier pour les ressortissants d'un pays mais qu'il n'a pas donné ce consentement pour les ressortissants d'un autre pays. L'extension des engagements participe de la nature même de la clause NPF. Les rédacteurs qui le souhaitent auraient peu de difficulté à définir des restrictions qui dépassent la contrainte de l'ejusdem generis...»<sup>67</sup>.*

Le tribunal a rejeté la dichotomie entre les règles «primaires» et les règles «secondaires» et a estimé que la thèse selon laquelle le traitement NPF se limitait aux obligations «primaires» ne reposait sur aucun fondement. Il a aussi fait valoir que l'accès à l'arbitrage international avait constitué un aspect fondamental et constant de la protection des investissements et représentait par conséquent un facteur de poids dans l'examen de l'objet et de la finalité des ABI. De plus, il a rejeté la thèse «odieuse» – qualificatif utilisé par certains commentateurs, tendant à faire croire que les tribunaux d'investissement sont supérieurs aux tribunaux locaux et que, dès lors, le fait que les investisseurs cherchent à faire évaluer leurs réclamations par une instance internationale neutre découle d'une préoccupation rationnelle. Le tribunal a déclaré qu'il n'existait aucun fondement textuel ni aucune règle juridique permettant de dire que le traitement n'englobait pas l'acceptation de l'arbitrage international par l'État d'accueil.

L'examen de ces arguments a débouché sur une décision du tribunal en faveur de l'investisseur. Le tribunal a toutefois souligné que la clause NPF n'était pas libellée en des termes génériques mais qu'elle concernait uniquement le «traitement visé au paragraphe 1 ci-dessus», c'est-à-dire le «traitement juste et équitable». La discussion a ensuite porté sur la question de savoir si le règlement des différends faisait partie intégrante de la norme de «traitement juste et équitable». Au terme d'une analyse grammaticale détaillée, la conclusion s'est avérée négative:

*«La conclusion qui s'impose est que la promesse spécifique de traitement NPF contenue dans l'article 5 alinéa 2) de l'accord d'investissement [Espagne-Russie] ne peut être considérée comme élargissant la compétence du présent Tribunal. Cette conclusion ... est*

*celle de la majorité du Tribunal. La majorité accueille avec un respect total l'opinion distincte qui est jointe en annexe. Elle convient que le traitement "plus favorable" peut en principe inclure la possibilité d'accès aux instances internationales. En définitive, toutefois, elle estime que les modalités de l'accord d'investissement espagnol circonscrivent le traitement NPF à la sphère du [traitement juste et équitable] au sens du droit international. De l'avis de la majorité, ce traitement concerne les règles normatives et ne s'étend ni i) à la disponibilité d'instances internationales par opposition aux instances nationales, ni ii) à la question d'accorder "plus" d'arbitrage plutôt que "moins" (selon les termes utilisés dans l'opinion distincte).»<sup>68</sup>.*

On constate, par conséquent, que jusqu'ici la majorité des tribunaux qui ont examiné la possibilité d'incorporer – par le jeu d'une clause NPF – des clauses plus larges de règlement des différends se sont déclarés incompétents pour statuer sur des réclamations autres que celles qui concernent l'indemnisation pour expropriation<sup>69</sup>.

\* \* \*

Le tableau 1 (ci-dessous) présente un récapitulatif des arguments invoqués par les requérants dans les récentes affaires de règlement des différends entre investisseurs et État, ainsi que des décisions prises par les tribunaux arbitraux. Pour obtenir la modification d'un accord de base par l'incorporation de dispositions provenant d'un accord conclu avec un tiers, les réclamants ont invoqué la relation entre la disponibilité du règlement des différends et la protection globale des investissements, les objectifs globaux des accords de protection des investissements, le contexte de négociation, le libellé de la clause NPF elle-même et son interprétation directe en vertu de la Convention de Vienne. Pour contrer ces arguments et préserver l'intégrité des accords de base, les défendeurs ont fait valoir qu'il était possible de déterminer l'intention des parties sur la base d'une interprétation raisonnable et qu'un consentement clair et précis était nécessaire. Par ailleurs, selon eux rien ne prouvait que l'accord de base prévoyait un traitement «moins favorable», par opposition à un accord conclu avec un tiers. En outre, le traitement NPF était un aspect central, d'importance fondamentale, qu'il convenait de ne pas modifier; dans ce contexte, les défendeurs ont aussi évoqué le risque plus large d'une recherche systématique de l'accord le plus favorable.

**Tableau 1**  
**Récapitulatif des réclamations au titre de la clause NPF**

EFFET VOULU	AFFAIRE	RÉSULTAT
Éluder la règle des dix-mois de recours locaux	<i>Maffezini c. Espagne, Siemens, Gas Natural, Camuzzi, Suez, National Grid et Wintershall c. Argentine</i>	<i>Recours accepté, sauf pour Wintershall</i>
Former un recours allant au-delà du seuil juridictionnel	<i>Plama c. Bulgarie, Salini c. Jordanie, Telenor Mobile c. Hongrie, RosInvestCo c. Russie, Berschader c. Russie, Renta 4S c. Russie, Tza Yap Shum c. Pérou</i>	<i>Recours rejeté, sauf pour RosInvestCo</i>
Bénéficier de dispositions de fond additionnelles	<i>Bayindir c. Pakistan, MTD Equity c. Chili</i>	<i>Recours accepté</i>
Bénéficier de dispositions similaires perçues comme «plus favorables»	<i>AAPL c. Sri Lanka, ADF c. États-Unis</i>	<i>Recours rejeté</i>
Modifier le champ d'application d'un ABI ( <i>ratione temporis</i> ou <i>ratione materiae</i> )	<i>Tecmed c. Mexique, MCI c. Équateur, Société générale c. République dominicaine</i>	<i>Recours rejeté</i>
Éluder une exception d'urgence à caractère général	<i>CMS c. Argentine</i>	<i>Recours rejeté</i>
Modifier la norme d'indemnisation pour expropriation	<i>CME c. République tchèque</i>	<i>Recours accepté</i>
Comparer le traitement accordé à deux	<i>Bayindir c. Pakistan, Parkerings c. Lituanie</i>	<i>Aucune violation constatée</i>

EFFET VOULU	AFFAIRE	RÉSULTAT
investisseurs étrangers		

De ce tableau se dégagent diverses conclusions et mises en garde:

- La majorité des tribunaux arbitraux se sont prononcés en faveur du recours à une clause de traitement NPF pour incorporer dans un accord de base une période d'attente plus courte, par exemple pour éluder une période d'attente de 18 mois ou pour appliquer des conditions d'admissibilité moins rigoureuses.
- En revanche, la majorité des tribunaux arbitraux se sont prononcés contre le recours à une clause de traitement NPF pour incorporer des règles juridictionnelles moins rigoureuses ou plus larges, par exemple pour étendre la portée d'une clause de règlement des différends au-delà des litiges concernant le montant de l'indemnisation pour expropriation.
- Toutefois, pour étayer leur raisonnement, dans la plupart des affaires les tribunaux arbitraux ont accordé une attention particulière au libellé de la clause de traitement NPF de l'accord sous-jacent.

**D. Réaction des États concluant des accords d'investissement:  
rétrécir la portée de la clause NPF**

Qu'il s'agisse des effets matériels ou des effets procéduraux, les interprétations arbitrales de la clause NPF qui sont évoquées plus haut ont suscité des inquiétudes chez les négociateurs en ce qui concerne la portée de l'engagement de l'État. En particulier, l'application de la clause NPF pour incorporer des clauses plus favorables de règlement des différends et pour élargir la portée des clauses en la matière semblerait ouvrir la voie à une réécriture des ABI en question. On peut difficilement présumer que les parties aux négociations ont réellement envisagé les effets de la clause NPF sur les clauses de règlement des différends au moment de conclure leur accord. Ce n'est que très récemment que les réclamations à cet égard ont fait leur apparition, alors que la plupart des ABI ont été négociés depuis plusieurs années. En guise de réaction, les négociateurs introduisent dans certains accords d'investissement des clarifications et des indications sur le fonctionnement de la clause NPF, afin d'éviter les interprétations arbitrales larges qui permettent, par renvoi, d'incorporer des dispositions procédurales d'accords tiers dans un accord de base.

Dans le contexte de la négociation de l'Accord de libre-échange des Amériques (ALEA), le groupe de travail chargé de l'investissement a soumis en novembre 2003 un projet d'articles accompagné de la note suivante<sup>70</sup>:

**Note:** Une délégation propose que la note suivante soit incluse dans l'historique des négociations pour témoigner de l'accord des Parties sur l'interprétation de l'article relatif au traitement de la nation la plus favorisée et de l'affaire *Maffezini*. Cette note serait retranchée du texte final de l'Accord:

*«Les Parties prennent acte de la décision récemment rendue dans l'affaire Maffezini (Argentine) c. le Royaume d'Espagne, où le tribunal d'arbitrage a conclu qu'une clause exceptionnellement large de la nation la plus favorisée contenue dans un accord entre l'Argentine et l'Espagne englobait les procédures internationales de règlement des différends. Voir Decision on Jurisdiction, §§ 38 64 (25 janvier 2000), réimprimée dans 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). Or, le champ d'application de l'article relatif au traitement de la nation la plus favorisée du présent accord est expressément limité à ce qui concerne "l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements". Les Parties sont convenues que cette disposition n'englobe pas les mécanismes internationaux de règlement des différends tels que ceux que prévoit la sous-section C.2.b. (Règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie) du présent chapitre et qu'elle ne pourrait donc raisonnablement mener à une conclusion semblable à celle de la décision Maffezini.»*

Ce texte, ultérieurement dénommé «Note *Maffezini*», résultait du profond désaccord de nombreux pays d'Amérique latine quant au raisonnement et à la décision du tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*. La tendance à inclure des clarifications dans les accords d'investissement persiste encore: de nombreux accords récents contiennent une clarification moins élaborée mais tout aussi précise quant au champ d'application du traitement NPF (que ce soit sous la forme d'une note de bas de page ou d'une annexe, ou encore directement dans la clause NPF (voir l'encadré 25).

**Encadré 25. Exemples de clauses NPF limitant**

**l'incorporation par renvoi****ALE Chili-Colombie (2006)****Annexe 9.3****Traitement de la nation la plus favorisée**

*Les Parties conviennent que le champ d'application de l'article 9.3 ne comprend que les questions concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'administration, la direction, l'exploitation, la vente ou autre aliénation des investissements et que par conséquent, il n'englobe pas les questions de procédure, y compris les mécanismes de règlement des différends tels que ceux prévus à la section B du présent chapitre.*

Parmi les autres exemples récents figurent l'annexe 884.1 de l'ALE Canada-Pérou (2008) (voir l'encadré 26) et l'alinéa 2 de l'article 88 de l'APE Japon-Suisse (2009) (voir l'encadré 27).



**Encadré 26. ALE Canada-Pérou (2008)****Annexe 804.1****Traitement de la nation la plus favorisée**

*Pour plus de clarté, le traitement «en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements» qui est visé aux paragraphes 1 et 2 de l'article 804 ne comprend pas les mécanismes de règlement des différends, tels que ceux prévus à la section B, qui sont prévus dans des traités ou accords commerciaux internationaux.*

**Encadré 27. APE Japon-Suisse (2009)****Article 88**

*2. Il est entendu que le traitement visé à l'alinéa 1 n'inclut pas le traitement accordé aux investisseurs d'une Partie tierce et à leurs investissements en vertu de dispositions relatives au règlement des différends en matière d'investissement entre une Partie et la Partie tierce prévues dans d'autres accords internationaux.*

Par conséquent, les négociateurs et les décideurs devraient aussi avoir à l'esprit que comme pour toute autre disposition de l'accord d'investissement, le libellé est important, et la formulation issue d'une négociation devrait traduire l'intention des parties de façon claire et précise, notamment en ce qui concerne la clause de traitement NPF. La section suivante fera un examen détaillé des différentes options permettant de clarifier la portée et le fonctionnement de la clause NPF et de donner des indications aux tribunaux arbitraux quant aux objectifs sous-jacents de politique publique qui animent les États parties à l'accord.

## NOTES

- <sup>1</sup> Dans l'approche de «liste négative» – la plus courante, le traitement NPF est accordé à l'ensemble des activités et des secteurs, à l'exception de ceux qui sont expressément désignés dans la liste. Dans l'approche de «liste positive», il est accordé uniquement aux activités et aux secteurs expressément désignés dans la liste; c'est le cas, par exemple, de l'ALE Australie-Thaïlande (2004).
- <sup>2</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République de Sri Lanka, affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990.*
- <sup>3</sup> *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003.*
- <sup>4</sup> *Ibid.*, par. 194.
- <sup>5</sup> *Affaire CME c. République tchèque, CNUDCI, sentence finale rendue le 14 mars 2003*: «La détermination, sur la base de la «juste valeur marchande», de l'indemnisation en vertu de l'accord entre les Pays-Bas et la République tchèque est étayée par la «clause de la nation la plus favorisée, figurant à l'article 3 alinéa 5 de l'accord...». L'accord bilatéral entre les États-Unis d'Amérique et la République tchèque dispose que l'indemnisation doit correspondre à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant que la mesure d'expropriation ne soit prise. En conséquence, la République tchèque est dans l'obligation de verser au requérant au moins la «juste valeur marchande» en rapport avec son investissement, à supposer que (contrairement à l'opinion du tribunal) la «juste indemnisation» représentant la «valeur réelle» soit interprétée comme étant inférieure à la «juste valeur marchande» [par. 500].
- <sup>6</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili, affaire CIRDI n° ARB/01/7, décision datée du 25 mai 2004*, par. 104. Le Comité d'annulation n'a pas renversé les conclusions du tribunal sur cette question: Procédure en annulation, 21 mars 2007, par. 64.
- <sup>7</sup> *Ibid.*, par. 104.
- <sup>8</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan, affaire CIRDI n° ARB/03/29, décision sur la compétence, 14 novembre 2005*, par. 227-235.
- <sup>9</sup> *Ibid.*, par. 232.
- <sup>10</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan, affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence rendue le 27 août 2009*, par. 163-167.
- <sup>11</sup> *Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique, affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/02, sentence rendue le 29 mai 2003.*

- <sup>12</sup> Ibid., par. 69.
- <sup>13</sup> *M.C.I. Power Group L.C. et New Urbine, Inc. c. République de l'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence rendue le 31 juillet 2007.
- <sup>14</sup> *Société générale c. République dominicaine*, affaire LCAI n° UN 7927, décision sur les objections préliminaires à la compétence.
- <sup>15</sup> Ibid., par. 41.
- <sup>16</sup> *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/08, sentence rendue le 25 avril 2005.
- <sup>17</sup> Ibid., p. 377.
- <sup>18</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence rendue le 11 septembre 2007.
- <sup>19</sup> Ibid., par. 368-369.
- <sup>20</sup> Ibid., par. 396.
- <sup>21</sup> *Emilio Agustín Maffezini et le Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision du tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000.
- <sup>22</sup> Ibid., par. 56.
- <sup>23</sup> Ibid., par. 62 et 63.
- <sup>24</sup> *Siemens A .G. c. République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8, décision sur la compétence, 3 août 2004.
- <sup>25</sup> Ibid., par. 102.
- <sup>26</sup> Ibid., par. 106.
- <sup>27</sup> Par. 120.
- <sup>28</sup> *Gas Natural SDG, S. A. et la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/10, décision du tribunal sur les questions préliminaires relatives à la compétence, 17 juin 2005, par. 49.
- <sup>29</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A et InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/17, décision sur la compétence datée du 16 mai 2006, par. 57.
- <sup>30</sup> *Camuzzi International S.A. c. République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/7, décision du tribunal sur les objections à la compétence, 10 juin 2005.
- <sup>31</sup> *National Grid PLC c. République d'Argentine*, arbitrage de la CNUDCI, décision sur la compétence, 20 juin 2006.
- <sup>32</sup> *AWG Group Ltd c. République d'Argentine*, CNUDCI, décision sur la compétence, 3 août 2006.
- <sup>33</sup> Autrement dit, si une question n'est pas explicitement exclue du champ de la clause NPF, elle devrait être réputée couverte.
- <sup>34</sup> Ibid., par. 62.

- <sup>35</sup> Ibid., par. 63.
- <sup>36</sup> *Siemens c. Argentine*, op. cit, par. 107.
- <sup>37</sup> *Gas Natural c. Argentine*, op. cit, par. 30.
- <sup>38</sup> *National Grid c. Argentine*, op. cit. par. 92.
- <sup>39</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/14, sentence rendue le 8 décembre 2008.
- <sup>40</sup> Ibid., par. 160 3).
- <sup>41</sup> Ibid., par. 167.
- <sup>42</sup> Ibid., par. 185.
- <sup>43</sup> Ibid., par. 186.
- <sup>44</sup> *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume hachémite de Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/02/13, décision sur la compétence, 29 novembre 2004.
- <sup>45</sup> Ibid., par 115.
- <sup>46</sup> Ibid., par. 118.
- <sup>47</sup> *Plama Consortium Limited et République de Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/04, décision sur la compétence, 8 février 2005.
- <sup>48</sup> Ibid., par. 208.
- <sup>49</sup> Ibid., par. 209.
- <sup>50</sup> Ibid., par. 212 et 219.
- <sup>51</sup> Ibid., par. 223.
- <sup>52</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. et République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/04/15, sentence rendue le 13 septembre 2006.
- <sup>53</sup> Ibid., par. 92 et 95.
- <sup>54</sup> Ibid., par. 93 et 94.
- <sup>55</sup> *Vladimir Berschader et Moise Berschader c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° 080/2005, sentence rendue le 21 avril 2006.
- <sup>56</sup> Ibid., par. 178.
- <sup>57</sup> Ibid., par. 181.
- <sup>58</sup> *Tza Yap Shum c. République du Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/07/6, décision sur la juridiction et la compétence, 19 juin 2009.
- <sup>59</sup> Ibid., par. 196 et 198.
- <sup>60</sup> Ibid., par. 216.
- <sup>61</sup> Voir aussi Gaillard (2005) et Kinneer (2005).
- <sup>62</sup> *RosInvest Co UK Ltd. c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° 079/2005, sentence rendue en octobre 2007.
- <sup>63</sup> Ibid., par. 131.
- <sup>64</sup> Ibid., par.131.

<sup>65</sup> Ibid., par. 132.

<sup>66</sup> *Renta 4S.V.S.A., et al c. Fédération de Russie*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° 024/2007, sentence rendue le 20 mars 2009.

<sup>67</sup> Ibid., par. 92.

<sup>68</sup> Ibid., par. 119.

<sup>69</sup> Voir aussi Faya-Rodriguez (2008) et Banifatemi (2008).

<sup>70</sup> Les négociations relatives à l'ALEA n'ont pas été menées à terme.

### III. ÉVALUATION ET OPTIONS

À l'instar des autres dispositions des accords d'investissement, les clauses de traitement NPF sont négociées dans le contexte de l'objectif global de politique publique qui sous-tend ces accords: établir un régime équilibré de promotion et de protection des investissements et des investisseurs – assorti dans certains cas d'une libéralisation – en créant un cadre d'investissement stable, prévisible et sûr qui favorise également la concrétisation des objectifs de développement des pays d'accueil. Dans l'optique de cette concrétisation, les accords visent à attirer des investissements bénéfiques tout en ménageant une marge d'action publique suffisante pour permettre la mise en œuvre de politiques de développement efficaces et légitimes (CNUCED 2003 et 2000b). Sur cette question essentielle, la première édition de la présente étude dans la collection consacrée aux accords internationaux d'investissement avait dégagé des conclusions qui n'ont pas radicalement changé durant la décennie écoulée.

*«Les pays qui pratiquent une politique libérale en matière d'investissement étranger font-ils l'hypothèse que celui-ci est un moyen de faire progresser la productivité et la compétitivité de l'économie nationale. La clause NPF fait partie intégrante de leur politique de développement, puisqu'une politique de la porte ouverte revient au fond à faire en sorte que n'existe aucune restriction ou discrimination à l'égard des investisseurs étrangers qui soit fondée sur la nationalité de ces derniers.*

*Mais il y a aussi des pays qui appliquent une stratégie d'intervention sélective. Ils cherchent à orienter les investisseurs vers les activités qu'ils jugent particulièrement importantes pour leur développement économique. Les faits semblent confirmer qu'une telle politique peut contribuer à une accélération et à un renforcement du développement, dans l'industrie notamment. Elle implique que le pays ait identifié les activités dans lesquelles il peut raisonnablement escompter acquérir un avantage comparatif et mène une action pour promouvoir la production dans ces secteurs.*

*On pourrait faire valoir qu'une exception à la clause NPF fondée sur la nationalité de l'investisseur serait en accord avec la stratégie d'un pays qui estimerait que la meilleure façon de promouvoir son développement économique est d'établir et de maintenir des relations économiques particulières avec un ou plusieurs pays donnés, choisis comme partenaires stratégiques. Le pays considéré n'accorderait alors l'accès à son marché ou d'autres privilèges qu'aux seuls investisseurs des pays*

*partenaires. Une telle stratégie présuppose qu'il serait possible d'identifier un ou plusieurs pays présentant des avantages stratégiques par rapport à d'autres partenaires potentiels (et qu'accorder des conditions identiques à des investisseurs d'autres pays irait à l'encontre de ce partenariat stratégique). Le pays d'accueil alignerait sa propre configuration d'avantages comparatifs et son stade de développement sur les avantages comparatifs de son partenaire.*

*On a peine à voir pourquoi le fait d'obtenir les investissements recherchés d'un ensemble donné d'investisseurs est préférable à les obtenir d'un autre ensemble d'investisseurs dès lors que les objectifs de développement visés sont remplis. Il semblerait plutôt que le fondement normal d'une stratégie de ce type serait la distinction entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux plutôt qu'une distinction entre investisseurs étrangers.».(CNUCED 1999a)*

Cette analyse demeure valable aujourd'hui pour ce qui est des stratégies et politiques d'investissement, et les États peuvent continuer d'en tenir compte lorsqu'ils évaluent la justification économique des clauses NPF de différents types durant la négociation de leurs accords. Aucune évolution majeure ne s'est produite à cet égard.

Toutefois, ces derniers temps les interprétations et applications de la clause NPF par les tribunaux arbitraux, à commencer par l'affaire *Maffezini c. Espagne*, ont focalisé l'attention sur les clauses NPF des accords d'investissement, suscitant ainsi de vives réactions ou de sérieux doutes. Ces interprétations ont constitué une source d'inquiétude et d'appréhension pour les États qui avaient négocié des accords d'investissement ou qui étaient engagés dans le processus de négociation. Comme l'indiquent les sections précédentes, avant l'affaire *Maffezini c. Espagne* cet aspect particulier de l'interprétation des clauses NPF ne figurait pas parmi les priorités et préoccupations dominantes des négociateurs. Mais beaucoup de choses ont changé depuis lors, et toutes les nouvelles incidences doivent être prises en compte.

Comme en témoigne l'analyse qui précède, les accords récents ont abordé de différentes façons la question des interprétations et applications de la clause NPF par les tribunaux arbitraux. Préoccupés par ces interprétations, certains pays ont réagi promptement et se sont efforcés de définir, de clarifier ou de réduire le champ d'application du traitement NPF

dans leur modèle d'accord et leurs négociations. Après avoir évalué les incidences, d'autres pays ont conclu que ces interprétations larges concordaient avec leurs attentes et n'ont donc pas apporté de changements notables à la formulation de la clause NPF de leur modèle d'accord, ni à leurs négociations ultérieures. Toutefois, le fait qu'un pays n'ait pas réagi en modifiant son modèle d'accord ou en adoptant un nouveau libellé ne signifie pas nécessairement, de manière implicite, qu'il souscrit aux interprétations larges et de surcroît inconstantes des tribunaux arbitraux.

La plupart des pays, notamment les pays en développement, sont aux prises avec les enjeux que posent la formulation et la portée des clauses NPF des accords d'investissement et en particulier avec les **trois enjeux** suivants: a) les interprétations inconstantes et contradictoires de la portée du traitement NPF dans le cadre des affaires liées au règlement des différends investisseur-État; b) l'inconstance des approches et des libellés dans leur réseau d'accords existant, notamment les formulations vagues et larges des accords plus anciens; et par conséquent c) la définition d'approches claires et sûres pour aborder ces deux enjeux dans leurs négociations futures et leur réseau d'accords existant.

**Interprétations inconstantes et contradictoires:** Fruit des sentences arbitrales contradictoires, l'incertitude fondamentale quant à la portée de l'obligation de traitement NPF affecte les États parties aux accords d'investissement lorsqu'il s'agit de conclure de nouveaux engagements en la matière, de gérer un vaste réseau d'accords ou, bien entendu, de défendre leurs intérêts dans le cadre du règlement des différends. Autre aspect tout aussi important (et souvent occulté): l'incertitude et les débats/discussions qui perdurent se répercutent sur l'investisseur, qui ne sait pas trop comment utiliser ou invoquer les engagements de traitement NPF souscrits par l'État d'accueil.

**Approche et formulation inconstantes des clauses de traitement NPF:** Cette question touche particulièrement les pays en développement qui ont négocié des accords d'investissement avec divers pays exportateurs de capitaux ou qui sont eux-mêmes passés du statut de pays principalement importateur de capitaux à celui de pays à la fois importateur et exportateur. Les réseaux d'accords de ces pays présentent généralement des variantes dans l'approche du traitement NPF et parfois des écarts considérables dans la formulation des clauses de protection de fond ou des clauses de règlement des différends. Ces variantes sont le fruit des négociations



menées au fil du temps avec des partenaires qui avaient eux-mêmes des approches ou des objectifs différents. L'incertitude quant à l'interprétation de la clause NPF et la possibilité d'une interprétation large – permettant d'incorporer par renvoi des clauses de règlement des différends ou d'autres clauses de protection provenant d'autres accords – constituent un défi additionnel pour les pays en développement, qu'il s'agisse de leur réseau d'accords existant, de la conception ou de la révision de leur propre modèle d'accord ou des négociations en cours sur des accords d'investissement.

La plupart des pays comptent dans leur réseau d'accords d'investissement des accords au libellé vague, large ou imprécis<sup>1</sup>. Il importe donc pour ces pays d'évaluer si le langage des accords en question correspond à leur compréhension et à leur approche de l'obligation NPF ou, dans la négative, comment composer avec ces dispositions des accords plus anciens.

Un certain nombre de pays ont pris des dispositions à l'interne – ou ont demandé le concours de la CNUCED – pour examiner les engagements des accords d'investissement à la lumière des clauses de traitement NPF, l'objectif étant d'évaluer la portée de leurs engagements, de mettre au jour les incohérences et risques éventuels et de proposer des moyens d'action appropriés.

Il importe pour les États qui possèdent un vaste réseau d'accords, et en particulier pour les pays en développement dont le réseau présente une variété d'approches, de déterminer les incidences des différentes approches, d'en évaluer les risques éventuels puis de prendre des décisions éclairées quant à leur réseau d'accords existant et à leurs engagements futurs. Étant donné l'importance de la certitude et de la prévisibilité pour les investisseurs étrangers mais aussi pour les États qui inscrivent des engagements dans les accords d'investissement, et compte tenu des interprétations larges ou inconstantes données par les tribunaux arbitraux, la présente section tentera d'évaluer les incidences et de proposer certaines options d'action publique et de négociation aux décideurs et aux négociateurs.

#### **A. Incidences pour l'examen des politiques nationales de traitement NPF par les négociateurs et les décideurs**

Comme l'indique la première édition de la présente étude, plus les investisseurs de différents pays investissent dans un pays d'accueil, plus

l'engagement de traitement NPF devient important pour assurer des chances égales aux investisseurs de différentes nationalités qui cherchent soit à réaliser un investissement dans le pays, soit à exploiter un investissement réalisé conformément aux lois et règlements du pays d'accueil (CNUCED 1999a). Étant donné que la plupart des économies sont liées au reste du monde et cherchent continuellement à attirer et à retenir des capitaux étrangers, le traitement NPF demeure, avec le traitement national, un outil essentiel pour garantir un traitement non discriminatoire dans le pays d'accueil.

Le traitement NPF joue un rôle moins central que le traitement national dans les politiques d'investissement et, partant, dans les accords internationaux d'investissement. Dans la pratique, les États ne font généralement pas de discrimination entre les investisseurs étrangers de différentes nationalités pour ce qui est du traitement après l'établissement. Les principales décisions de politique publique concernent la protection des investisseurs nationaux ou de certains secteurs de l'économie nationale, de sorte que les politiques d'investissement sont principalement axées sur la distinction entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers mais pas entre les investisseurs étrangers de nationalités différentes.

À l'exception notable des arrangements préférentiels régionaux (ORIE), les accords bilatéraux d'investissement et les chapitres consacrés à l'investissement dans les accords de libre-échange et les accords commerciaux régionaux contiennent remarquablement peu de réserves concernant le traitement NPF préétablissement car il n'y a dans les faits aucune discrimination entre les investisseurs étrangers, et les exceptions possibles sont très peu nombreuses (par exemple, une condition de réciprocité pour l'entrée dans un secteur particulier). Le rôle du traitement NPF consiste à accompagner le traitement national, non pas dans une optique de libéralisation du régime d'entrée mais pour faire en sorte que toute libéralisation future en faveur d'un autre partenaire soit étendue aux investisseurs de l'État contractant bénéficiaire.

L'octroi du traitement NPF à des investisseurs/investissements étrangers passe nécessairement par la conclusion d'un accord d'investissement; une attention particulière s'impose pour évaluer les éventuelles mesures non conformes ou violations potentielles et les consigner dans le texte de l'accord. La portée de la clause NPF sous l'angle du bénéficiaire (investisseur et/ou investissement) et des activités

d'investissement visées (pré/postétablissement, liste d'activités, approche large), l'énumération des articles de l'accord, les exceptions ou restrictions spécifiques concernant le règlement des différends investisseur-État et les autres engagements revêtent une importance particulière.

Les clauses de traitement NPF imposent des contraintes au pays d'accueil en ce qui concerne ses politiques d'investissement courantes et futures, notamment lorsque l'accord confère des droits préétablissement. L'État ne peut modifier si facilement les règles du jeu. S'il est vrai qu'une mesure favorisant un investisseur étranger par rapport à un autre se justifie moins bien sur le plan économique qu'une mesure favorisant un ressortissant du pays par rapport à un étranger, il y a des cas où l'État peut souhaiter offrir des avantages à un nombre restreint de bénéficiaires étrangers, par exemple les accords préférentiels avec des partenaires stratégiques, l'appartenance à des arrangements, domaines ou secteurs économiques où la réciprocité est un facteur important, ou les politiques d'intervention sélective. En de tels cas, l'État peut recourir à des exceptions spécifiques ou générales.

Avec la prolifération des accords d'investissement comportant des clauses de traitement NPF, une vaste majorité de pays disposent d'un réseau d'accords dont la constitution s'est étalée sur les vingt dernières années et qui comprend des dispositions (y compris des clauses NPF) de différents types, diversement libellées. Certains pays ont inscrit des exceptions types en faveur des ORIE dans les clauses NPF de leurs accords d'investissement, tandis que d'autres ne recourent pas à de telles exceptions. Certains pays ont systématiquement exclu les questions fiscales du champ de la clause NPF tandis que d'autres ont limité cette exception aux obligations découlant des accords sur la double imposition. Certains pays ont systématiquement utilisé une liste d'activités d'investissement pour définir ou clarifier le champ matériel du traitement NPF; d'autres ont utilisé un libellé qui étend le traitement NPF à des articles précis de l'accord ou à «toutes les questions visées», tandis que d'autres encore utilisent une formulation qui confère le traitement NPF sans autres conditions ni restrictions. Certains pays ont inclus une obligation de comparaison tandis que d'autres ne l'ont pas fait. La plupart des pays ont souscrit une obligation de traitement NPF distincte et séparée, mais d'autres l'ont liée à un engagement de traitement juste et équitable. Il convient d'examiner les différences d'approche dans une perspective

temporelle également, car certains pays comptent dans leur réseau une majorité d'accords d'investissement «plus anciens» tandis que d'autres ont commencé plus récemment à négocier de tels accords et ont par conséquent une approche plus constante du traitement NPF.

L'interprétation que certains tribunaux arbitraux ont faite de la clause NPF permet d'emprunter pratiquement toutes les clauses de traitement et de protection inscrites dans des accords avec des tiers si la clause NPF de l'accord de base ne l'interdit pas de façon expresse, de sorte qu'une clause NPF pourrait «multilatéraliser» tous les engagements d'un accord et en conférer le bénéfice aux investisseurs de tout pays d'attache qui a signé de telles dispositions. D'aucuns perçoivent la clause NPF comme un facteur positif qui contribue à l'uniformité dans l'investissement international et favorise le multilatéralisme malgré la fragmentation apparente de l'univers des accords d'investissement<sup>2</sup>, mais pour d'autres, les innombrables combinaisons possibles et les conséquences plutôt imprévisibles entament sérieusement la prévisibilité, la certitude, voire la légitimité du système et ne concourent pas à l'harmonisation, compte tenu notamment du grand nombre d'accords anciens<sup>3</sup>.

Selon le droit international public, il est dans la nature même d'une clause de traitement NPF d'étendre le bénéfice des engagements d'un accord à des partenaires d'autres accords. Toutefois, il est juste de dire que l'interprétation «large» des clauses NPF pour permettre l'incorporation de clauses de règlement des différends empruntées à d'autres accords n'était pas prévue au moment où les clauses NPF en question ont été négociées. Il est aussi juste de dire que même si elle a été abondamment débattue par les praticiens et les universitaires et parfois contestée par les tribunaux arbitraux dans un grand nombre d'affaires, l'interprétation qui a été faite dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* a été une surprise pour un certain nombre de négociateurs et de décideurs, ainsi que d'universitaires et de praticiens du droit international de l'investissement. La finalité originelle de ces clauses consistait, en effet, à assurer des conditions de concurrence égales et à éviter la discrimination entre les investisseurs étrangers de différentes nationalités pour ce qui est du traitement que l'État d'accueil leur accorde en vertu de ses lois, réglementations et décisions administratives nationales ou par le biais de ses actions, mesures et pratiques.

D'après certaines sentences arbitrales, la teneur même de l'accord d'investissement peut être considérée comme la base de l'égalité de concurrence et comme l'objet du traitement conféré par la clause NPF. Dans ce cas, on peut estimer qu'un investisseur étranger protégé par un accord comportant une clause de règlement des différends de vaste portée est dans une meilleure position concurrentielle qu'un investisseur protégé par un accord plus restrictif. Il convient toutefois de souligner que seules quelques rares sentences arbitrales vont jusqu'à faire cette comparaison<sup>4</sup>.

Cette interprétation n'est pas convaincante, et à bien des égards, notamment en ce qui concerne le règlement des différends. On ne sait toujours pas si, pour l'heure, le règlement d'un différend par voie d'arbitrage international est plus favorable que le recours aux tribunaux nationaux ou à l'arbitrage national. Il est possible que la perception du début des années 1960 ne concorde pas nécessairement avec la réalité. Les accords de protection des investissements prévoient simplement une indemnisation *ex post* en cas de violation d'un engagement de protection par l'État d'accueil; ils ne sont pas censés offrir d'autres moyens que l'indemnisation pour assurer l'exécution d'un engagement. Advenant une décision favorable à l'investisseur, le règlement d'un différend en matière d'investissement entraîne le versement d'une indemnité monétaire et non le retrait par l'État de la mesure touchant l'investisseur étranger, ni aucune autre réparation ou mesure de mise en œuvre. En outre, l'indemnité porte intérêt à compter de la date où la violation alléguée s'est produite, de sorte que la date de versement de cette indemnité ne ferait pas une grande différence, sur le plan concurrentiel, pour un investisseur qui a été exproprié ou qui n'a pas été traité selon la norme de traitement juste et équitable ou la norme de protection et de sécurité totales. Il peut être intéressant pour un investisseur qui recherche une assurance privée ou une garantie contre les risques politiques de la part d'un État ou d'une agence multilatérale de garantir de bénéficier d'une clause de règlement des différends ou autre clause de protection de fond de vaste portée, mais d'une manière générale c'est seulement au stade d'un différend réel et d'une affaire de règlement des différends que l'on avance la possibilité d'invoquer une disposition d'un autre accord.

Par ailleurs, l'emprunt ou l'incorporation de dispositions matérielles provenant d'accords avec des tiers est une démarche difficile qui exige de la prudence. Les tribunaux ont soutenu que le champ d'application de

l'accord de base devait rester intact. De même, il peut s'avérer irréalisable d'écarter des dispositions énoncées dans l'accord de base ou d'emprunter des dispositions similaires simplement perçues comme plus favorables. Mais même lorsqu'il s'agit d'emprunter une disposition matérielle qui est absente de l'accord de base (notion admise par les tribunaux qui ont examiné cette question jusqu'ici), certains des points évoqués dans le paragraphe précédent sont encore d'application. À supposer que l'accord d'investissement confère le traitement NPF, la démarche devrait consister non pas à effectuer une incorporation automatique mais à évaluer si l'absence de la disposition cause effectivement un préjudice à l'investisseur, ce pour quoi il faudrait d'abord établir que la mesure ayant engendré le différend constitue une violation de cette disposition. De plus, si le fait d'incorporer un régime dans l'accord de base perturbe de façon notable la structure et la nature de ce dernier, le résultat devrait être écarté.

Si les investisseurs devaient commencer à demander la réparation a priori des violations de la clause de traitement NPF ou une application imposée par un tribunal arbitral, assortie d'une réécriture partielle de l'ABI de base, les décideurs et les négociateurs devraient prendre ce facteur en compte dans leurs politiques et engagements conventionnels futurs concernant le traitement NPF.

## **B. Options d'action publique**

### **1. Définir le champ d'application de la clause de traitement NPF**

#### **Option 1: Appliquer le traitement NPF à la phase préétablissement**

Il est possible que les États souhaitent appliquer le traitement NPF à la phase préétablissement. Pour ce faire, ils peuvent renvoyer explicitement à des activités relevant de l'établissement (exemple de formulation: «l'établissement, l'acquisition ou l'expansion»). Dans ce cas, le régime d'entrée est réglementé par l'accord lui-même et non par le dispositif intérieur. Lorsqu'il se conjugue à des engagements de préétablissement concernant le traitement national (comme c'est habituellement le cas), ce système confère davantage de transparence, de certitude et de prévisibilité aux flux d'investissement. Il convient de noter que le traitement national est beaucoup plus crucial que le traitement NPF pour la libéralisation du régime d'entrée de l'État d'accueil, car la plupart des obstacles à l'entrée sont des mesures incompatibles avec le traitement national et seuls quelques-uns d'entre eux vont à l'encontre du traitement NPF. En soi, le

rôle majeur du traitement NPF à ce chapitre consiste à garantir que toute libéralisation future des conditions d'entrée en faveur d'un pays tiers sera élargie aux investisseurs de l'État bénéficiaire. Voir la section II.A.1 ii) pour des précisions et des exemples.

Cette approche, que l'on retrouve dans les accords d'investissement axés sur la libéralisation (par exemple les ALE et les APE) impose effectivement des contraintes importantes à l'État d'accueil, comme il a déjà été indiqué. Aucune mesure faisant une discrimination entre les investisseurs sur la base de leur nationalité n'est autorisée. Il est toutefois possible d'atténuer ces effets par l'inclusion d'exceptions générales ou spécifiques qui permettent aux pays de conserver une marge d'action raisonnable ainsi que la flexibilité nécessaire pour réglementer les activités ou domaines présentant pour eux un intérêt particulier. Voir la section II.A.3. ii) pour des précisions et des exemples.

#### **Option 2: Appliquer le traitement NPF à la phase postétablissement**

Une autre option d'action publique – la plus courante dans les ABI – consiste à appliquer la clause NPF uniquement à la phase postétablissement. Dans ce cas, l'accord d'investissement comporte une «clause d'admission», et la clause de traitement NPF ne renvoie à aucune activité d'établissement, de sorte que les conditions d'entrée relèvent exclusivement des prérogatives réglementaires nationales. Cette approche est appropriée lorsque l'accord d'investissement vise simplement à protéger les flux d'IED et non à les libéraliser. De plus, dans l'optique de la négociation, c'est une approche prudente lorsqu'un État ne dispose pas de capacités institutionnelles suffisantes ou qu'il a de la difficulté à répertorier avec précision l'ensemble des mesures non conformes ou des exceptions dont il a besoin pour se garder une marge d'action raisonnable. Dans ce contexte, l'octroi du traitement NPF se justifie moins que dans le modèle préétablissement, puisque les États ne font normalement pas de discrimination entre les investisseurs étrangers une fois qu'ils sont établis. Le traitement NPF joue quand même un rôle dans la mesure où la norme protège non seulement contre la discrimination de facto mais aussi contre la discrimination de jure. Voir la section II.A.1. i) pour des précisions et des exemples.

**Option 3: Appliquer le traitement NPF aux investisseurs et/ou aux investissements**

En règle générale, les accords internationaux d'investissement couvrent à la fois les investissements et les investisseurs, même s'il peut exister des variantes – par exemple, une protection limitée aux investissements. Cette dernière approche amoindrit l'objet et la finalité de l'accord. En revanche, elle minimise la responsabilité internationale des États, entre autres, car les investissements sont qualifiés et définis par la législation nationale, ils ne peuvent être dotés d'une personnalité morale (de sorte qu'ils sont soumis à un arsenal de mesures moins important), et ils ne peuvent donner droit, par le jeu du traitement NPF, à un certain nombre de privilèges qui s'appliquent uniquement aux investisseurs (par exemple, l'accès aux mécanismes de règlement des différends). Cependant, cette décision concernant le bénéfice de l'accord semble moins importante lorsqu'on la compare à la décision concernant le modèle d'entrée ou l'inclusion d'exceptions et de restrictions. La pratique est d'ailleurs très uniforme pour ce qui est d'inclure à la fois les investisseurs et les investissements dans le traitement NPF, et aucun problème significatif n'en est résulté. Voir la section II.A.2 pour des précisions et des exemples.

**Option 4: Incrire des exceptions systémiques**

De nombreuses clauses NPF inscrites dans des accords bilatéraux d'investissement comportent des exceptions réciproques liées à des sujets particuliers. Parmi ces exceptions systémiques, les plus courantes – notamment dans le contexte du traitement NPF postétablissement – concernent les organisations régionales d'intégration économique et la fiscalité (voir la section II.A.3. i) pour des précisions et des exemples). Elles ont essentiellement pour but d'empêcher que les avantages découlant d'un accord ne s'étendent à des investisseurs/investissements de non-parties. Dans l'un et l'autre cas, l'application du traitement NPF annulerait l'idée même qui sous-tend l'accord pour lequel l'exception est souhaitée (l'intégration économique régionale ou l'élimination de la double imposition). Les exceptions en faveur des processus d'intégration régionale peuvent être particulièrement importantes pour préserver et renforcer l'intégration Sud-Sud. Par conséquent, lorsque les parties veulent conserver le contrôle des arrangements existants, elles peuvent préciser que les avantages conférés par certains arrangements existants ne tombent pas sous le coup de la règle NPF. Cela peut s'avérer particulièrement utile pour



préserver des arrangements intrarégionaux, spécialement entre pays en développement.

#### **Option 5: Inscrire des exceptions nationales ou sectorielles**

D'autres accords d'investissement (notamment ceux qui confèrent des droits préétablissement) comportent des exceptions d'un autre type, fondées sur: a) des préoccupations particulières liées à la politique de développement ou au régime réglementaire dans les domaines tels que les droits de propriété intellectuelle, les subventions, les dons et les marchés publics; b) la nécessité de préserver certaines mesures existantes non conformes découlant du régime juridique intérieur au moment de la négociation de l'accord; et c) la nécessité de conserver intégralement la capacité de réglementer à l'avenir certains domaines ou secteurs précis. D'autres exceptions peuvent concerner, par exemple, les préoccupations d'ordre culturel, les groupes minoritaires ou les biens fonciers. Comme il a déjà été indiqué, ces exceptions compensent en quelque sorte les limites que le modèle préétablissement impose aux États. Voir la section II.A.3. ii) pour des précisions et des exemples.

#### **2. Gérer l'interaction avec les autres accords**

Comme l'explique la présente étude, une approche large de l'application du traitement NPF pose de nombreux défis sous l'angle de l'action publique. Elle peut aussi dévier de l'objectif originel de cette obligation. En favorisant l'incorporation automatique d'engagements découlant d'accords conclus avec des tiers, une obligation NPF large pourrait avoir pour effet d'éluider la liberté souveraine qu'ont les États de contracter des obligations internationales comme bon leur semble. Elle peut modifier ou annuler en partie certaines dispositions de l'accord de base en y incorporant des dispositions d'un accord conclu avec un tiers; elle peut aussi créer le sentiment d'une uniformité des normes, alors qu'il existe des variations réelles de portée, de contenu et d'intention qui se justifient par de très bons motifs de politique publique. Plus encore, elle pourrait être en conflit avec l'équilibre réel de politiques publiques existant dans l'accord en question.

Avec une obligation NPF large, il peut être difficile, par ailleurs, de prédire l'étendue des engagements du pays d'accueil, puisque l'application des clauses de protection et de règlement des différends sera subordonnée à la perception de chaque investisseur, au cas par cas, de même qu'à diverses

combinaisons et permutations qui sont, dans les faits, impossibles à prévoir ou à administrer. Avec cette approche, il est également difficile d'actualiser, d'affiner ou d'améliorer les nouveaux accords d'investissement, car les nouveaux accords peuvent être modifiés par l'effet des accords anciens.

L'élément essentiel est que les États devraient pouvoir obtenir ce qu'ils souhaitent au moment de contracter leurs engagements. Face à cette possibilité d'interprétations larges et sans restrictions, différentes options se présentent. En particulier, les États souhaiteront peut-être aborder de manière spécifique la question de l'interaction entre la clause de traitement NPF et leur réseau d'accords d'investissement.

#### **Option 1: Étendre le traitement NPF à l'ensemble des accords**

D'après cette approche, l'obligation de traitement NPF couvre à la fois le traitement que l'État d'accueil accorde au niveau national et le traitement offert dans le cadre des accords d'investissement. Cette option convient aux États qui cherchent à maximiser la protection ou la libéralisation découlant de leurs accords d'investissement. Elle étend par renvoi les normes plus élevées de traitement et de protection procédurale inscrites dans les autres accords d'investissement auxquels ces États sont parties. Elle exige, par ailleurs, que les États n'aient aucune objection à la «recherche systématique de l'accord le plus favorable», ni aux effets qui pourraient en découler.

Ces effets de vaste portée se produisent lorsque la clause NPF indique de manière explicite que ses effets s'étendent aux engagements des accords conclus avec des tiers. On voit rarement dans les accords d'investissement des exemples de clauses NPF dont le bénéfice s'étend explicitement à tous les accords, sauf dans le contexte des arrangements régionaux (voir l'encadré 17). Ces effets peuvent aussi résulter, parfois de manière non intentionnelle, d'une clause NPF dont la formulation est un peu vague (par exemple, une formulation très concise et imprécise, une référence à «toutes les questions» ou aux articles de l'accord d'investissement en question; voir par exemple l'encadré 22). Dans ce dernier cas, c'est le manque de clarté et de précision qui facilite les interprétations trop larges. Ce type de formulation pose donc des enjeux fondamentaux sous l'angle de la transparence, de la prévisibilité et de la stabilité du régime

d'investissement, car il peut produire des effets non voulus et imprévisibles.

**Option 2: Exclure les autres accords aux fins du préétablissement et/ou du postétablissement**

Dans le cas notamment des accords de libéralisation (axés sur le préétablissement), l'approche large pose aussi d'autres enjeux, selon que la clause NPF s'applique ou pas aux accords passés et/ou futurs. Le traitement NPF peut pratiquement réduire à néant les engagements de libéralisation, de préétablissement ou d'accès aux marchés qui ont été soigneusement façonnés au niveau bilatéral, en modifiant dans les faits l'équilibre droits/obligations qui sous-tend un accord particulier. Par ailleurs, il peut s'avérer difficile pour un État d'avoir une connaissance certaine des engagements qu'il a pris par le passé et de leur interprétation éventuelle. Il est donc possible qu'un État souhaite exclure tous les accords antérieurs, de manière à préserver l'intégrité du régime d'entrée négocié. De même, il est possible que cet État souhaite également exclure les accords futurs, de manière à ne pas étendre les avantages de l'accord en cause à des partenaires tiers sans obtenir quelque chose en retour; il est vrai que ce faisant, l'État peut aussi perdre les avantages que son partenaire accordera à des partenaires tiers en vertu d'autres accords. En effet, le traitement NPF joue un rôle important au regard de toute libéralisation ultérieure effectuée par l'un des États contractants (de sorte qu'il peut être difficile d'en exclure les accords futurs). Autre possibilité: les États peuvent décider que les avantages découlant d'une libéralisation future ou d'arrangements spéciaux ultérieurs feront l'objet d'une négociation complémentaire en vue de leur incorporation dans l'accord de base (voir par exemple l'encadré 18). En tout état de cause, il est souhaitable d'exclure tous les accords antérieurs, ainsi que les accords futurs traitant de certains secteurs qui sont réglementés sur des bases de réciprocité, par exemple l'aviation, la pêche et les affaires maritimes, y compris les opérations de sauvetage (voir par exemple l'encadré 16).

Aux fins du postétablissement, le rôle du traitement NPF est moins important, comme la présente étude l'a déjà indiqué. Les différentes décisions arbitrales ont montré que seules deux affaires ont donné lieu à une comparaison effective du traitement et que les autres étaient liées à la recherche systématique de l'accord le plus favorable. Les États pourraient donc envisager d'exclure tous les accords, passés et futurs, aux fins du

postétablissement. Cela permettrait de concentrer le traitement NPF sur la comparaison du traitement, de même que sur le respect intégral des différentes clauses de protection et de règlement des différends inscrites dans l'accord de base. La clause NPF remplirait encore sa fonction consistant à garantir des chances égales aux investisseurs étrangers se trouvant dans des circonstances similaires. Bien entendu, cela permettrait aux États de négocier des contenus différents dans le contexte de négociations et de circonstances différentes. Des formules telles que la suivante pourraient être utilisées à cet effet:

**Option 1 (limiter le champ d'application du traitement NPF pour la phase postétablissement)**

1. [clause de traitement NPF].
2. L'obligation visée au paragraphe 1 ci-dessus ne s'appliquera pas au traitement accordé en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé avant ou après la date d'entrée en vigueur du présent accord.

**Option 2**

1. [clause de traitement NPF].
2. Pour plus de certitude, l'obligation visée au paragraphe 1 ci-dessus s'applique sans préjudice des dispositions énoncées dans le présent accord.

Étant donné la dualité du traitement NPF (contexte de libéralisation ou de protection), on peut recourir à une approche combinée pour les accords d'investissement qui englobent à la fois le préétablissement et le postétablissement (en particulier les ALE et les APE). Aux fins du préétablissement: exclure les accords passés et certains accords futurs; aux fins du postétablissement: exclure tous les accords, passés et futurs. Cette approche combinée prendrait corps sous la forme d'une annexe spéciale comme la suivante:

**Annexe à la clause de traitement NPF**

1. L'article [clause de traitement NPF] ne s'appliquera pas au traitement accordé en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé avant la date d'entrée en vigueur du présent accord.
2. L'article [clause de traitement NPF] ne s'appliquera pas, en ce qui concerne [activités postétablissement] au traitement accordé en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé après la date d'entrée en vigueur du présent accord.
3. L'article [clause de traitement NPF] ne s'appliquera pas, en ce qui concerne [activités préétablissement] au traitement accordé en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral en vigueur ou signé après la date d'entrée en vigueur du présent accord et traitant des questions suivantes: [énumérer les questions visées, par exemple: établissement, renforcement ou expansion d'une zone de libre-échange ou d'une union douanière; aviation; pêche; affaires maritimes, y compris les opérations de sauvetage].

**3. Clarifier le champ d'application de la clause NPF par l'ajout de restrictions**

Face à la négociation d'un nouvel accord, les États qui ne sont pas à l'aise avec une approche large de la clause NPF souhaiteront peut-être y inclure un certain nombre de formulations restrictives qui en clarifient le fonctionnement. Les Parties contractantes peuvent ainsi confirmer de manière explicite leur intention réelle.

**Option 1: Préciser les activités auxquelles s'applique le traitement NPF**

L'une des variantes de cette approche consiste à lier le «traitement» qui doit être accordé aux investisseurs/investissements à *un ensemble précis d'activités*. Pour ce faire, l'accord peut énumérer expressément les activités en question (par exemple, l'établissement, l'acquisition, l'expansion) et/ou inclure une explication du concept de traitement dans le contexte des accords internationaux d'investissement (voir la section II.A.4. ii) pour des précisions et des exemples). Cette approche souligne que le traitement NPF

s'applique au cycle de vie de l'investissement. Il convient toutefois de noter qu'elle ne garantit pas (la pratique arbitrale en témoigne) des résultats spécifiques tels que l'applicabilité ou non des clauses de traitement ou de règlement des différends.

**Option 2: Préciser la nature du «traitement»**

Une autre variante consiste à utiliser un langage plus ciblé pour préciser le concept de traitement dans sa relation avec les *mesures prises par l'État*. Pour ce faire, on peut renvoyer expressément aux lois, règlements, mesures administratives et autres ou souligner que le traitement doit être perçu dans le contexte des lois et règlements nationaux s'appliquant aux investisseurs. Cette approche renforcerait l'idée que le traitement NPF suppose nécessairement la comparaison effective du traitement accordé à deux investisseurs étrangers dans un scénario donné et non la recherche systématique, *ex ante*, de l'accord le plus favorable. Elle peut se concrétiser au moyen de la formule suivante:

1. [clause de traitement NPF].
2. Pour plus de certitude, l'obligation visée au paragraphe 1 ci-dessus s'appliquera en rapport avec le traitement accordé par une Partie contractante dans le cadre de l'application de ses mesures.

En outre, on peut inclure une définition du terme «mesure». Dans ce contexte, l'article premier de l'ABI Canada-Pérou (2006) définit ce terme comme incluant toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique.

**Option 3: Préciser ce qui constituerait une inégalité de traitement ou un traitement «moins favorable»**

Les parties à un accord d'investissement ont aussi la faculté de définir dès le départ les mesures qui seraient considérées comme non conformes à l'obligation d'accorder le traitement NPF à l'investisseur. C'est ce que plusieurs États ont fait dans leurs annexes concernant les mesures non conformes, où ils dressent la liste des mesures existantes qui ne concordent pas avec l'obligation NPF. Comme il a été indiqué ci-dessus, très peu de mesures sont expressément énumérées dans ces annexes. Leur description peut toutefois donner aux tribunaux arbitraux une indication des éléments

et des critères à prendre en compte pour évaluer les situations de non-conformité ou les violations. On peut aussi utiliser un langage plus précis dans la clause NPF elle-même, comme à l'article 3.2 de l'ABI Égypte-Allemagne (2005):

*«[...] Sont considérées en particulier comme des “traitements moins favorables” au sens du présent article: l'inégalité de traitement dans le cas des restrictions à l'achat de matières premières ou de matières auxiliaires, d'énergie ou de combustibles ou encore de moyens de production ou d'exploitation de toute nature; l'inégalité de traitement dans le cas des entraves à la commercialisation des produits à l'intérieur ou à l'extérieur du pays, ainsi que toute autre mesure ayant des effets similaires. Les mesures qui doivent être prises pour des motifs de sécurité publique ou d'ordre public, de santé publique ou de moralité ne sont pas considérées comme un “traitement moins favorable” au sens du présent article.».*

**Option 4: Ajouter des précisions telles que les «circonstances similaires»**

Lorsqu'on opte pour une clause NPF large, à caractère général, un autre facteur à prendre en compte est celui de savoir s'il faut y inclure une référence expresse à la comparaison en utilisant la formule «circonstances similaires» ou «investisseurs similaires» (voir la section II.A.4. i) pour des précisions et des exemples). Comme il a été indiqué ci-dessus, cette référence est implicite dans la norme NPF. Toutefois, une référence explicite rappellerait aux tribunaux arbitraux qu'il doit exister un contexte de comparaison lorsqu'on évalue une allégation de violation. Il est fondamental de comparer ce qui est raisonnablement comparable, de manière à respecter l'objet et l'objectif de la clause NPF: garantir l'égalité dans la concurrence.

**Option 5: Préciser que le traitement NPF ne s'applique pas à certaines dispositions de procédure et/ou de fond**

Lorsque les parties veulent se soustraire à la recherche systématique de l'accord le plus favorable, elles peuvent utiliser une formulation à cet effet. Elles empêcheraient ainsi un tribunal d'incorporer par renvoi des dispositions provenant d'accords conclus avec des tiers ou de remplacer des dispositions de l'accord de base. Il peut s'agir d'une restriction partielle précisant les dispositions spécifiques de l'accord auxquelles la clause de



traitement NPF s'applique ou ne s'applique pas. C'est l'approche que bon nombre de pays ont adoptée récemment en ce qui concerne le règlement des différends. En effet, dans la foulée de l'affaire *Maffezini c. Espagne*, de nombreux pays ont commencé à insérer dans leurs accords d'investissement des notes de clarification qui excluent du traitement NPF le règlement des différends entre investisseurs et État (voir la section II.D. pour des précisions et des exemples).

Pour exclure certaines, sinon l'ensemble, des dispositions de l'accord, on peut recourir à des formules comme les suivantes, où l'option 1 renvoie à des dispositions précises tandis que l'option 2 garantit que la teneur de l'accord de base restera intacte.

**Option 1**

1. [clause de traitement NPF].
2. Pour plus de certitude, l'obligation visée au paragraphe 1 ci-dessus ne s'applique pas [aux articles/à la section] du présent accord.

**Option 2**

1. [clause de traitement NPF].
2. Pour plus de certitude, l'obligation visée au paragraphe 1 ci-dessus s'applique sans préjudice des dispositions énoncées dans le présent accord.

**4. Exclure la clause de traitement NPF**

Une autre option consisterait à ne pas inclure de clause NPF dans l'accord d'investissement. Dans les relations commerciales internationales, la clause NPF peut conférer des avantages économiques précis et spécifiques. En revanche, s'agissant des AII, une clause NPF positive est moins importante que d'autres dispositions pour stimuler l'investissement. Cela tient au fait que les États exercent rarement une discrimination entre les étrangers si ce n'est en raison d'arrangements économiques ou préférentiels spécifiques avec des partenaires stratégiques. En fait, le

traitement NPF n'est que l'un des multiples facteurs qui orientent la décision d'investissement d'une entreprise, de sorte qu'il serait bien avisé pour un État de décider que l'inclusion d'une clause NPF apporte plus de risques que d'avantages. S'abstenir d'inclure une clause NPF dans un accord d'investissement, c'est aussi tenir compte des différences qui séparent un régime clairement multilatéral d'un régime atomisé aux multiples facettes comme l'écheveau des accords internationaux d'investissement. Dans le système multilatéral de règles commerciales internationales, le traitement NPF est manifestement un pilier important. Dans le contexte particulier des ABI, où les accords sont conçus et négociés pour cadrer avec les relations bilatérales entre les parties contractantes, on peut plutôt remettre en question le rôle de la clause NPF.

Il convient cependant de souligner que même s'il n'est pas essentiel, le traitement NPF joue encore un rôle important aussi bien pour la libéralisation que pour la protection. En outre, il est possible d'atténuer efficacement les risques liés à la recherche systématique de l'accord le plus favorable en limitant le champ d'application des accords, en excluant les accords conclus avec des tiers ou en incluant des restrictions particulières, comme les sous-sections précédentes l'ont déjà indiqué.

##### **5. Composer avec le passé tout en préservant l'avenir**

Les clauses NPF qui permettent la recherche systématique de l'accord le plus favorable peuvent poser de nombreux enjeux fondamentaux sous l'angle de l'action publique et du droit. Les États pourraient donc souhaiter s'assurer que les clauses NPF de leurs futurs accords bilatéraux d'investissement n'ouvriront pas la voie à des effets considérés comme imprévus et/ou indésirables. Cependant, cette problématique est exacerbée par le fait qu'il existe déjà 2 750 ABI, qui renferment habituellement une clause NPF. Les décideurs qui souhaitent adopter à l'avenir une approche plus ciblée et plus nuancée du traitement NPF devront peut-être aussi envisager des options qui leur permettent de composer avec les clauses NPF des accords déjà en vigueur.

Les clauses NPF actuelles formeront encore la majorité des clauses susceptibles de faire l'objet d'une interprétation dans le cadre des affaires de règlement des différends. Le fait qu'elles aient déjà été négociées n'empêche toutefois pas les États de prendre certaines mesures pour en

clarifier la portée et le fonctionnement. Pour ce faire, les États disposent entre autres des options décrites ci-après.

*La première option est une démarche bilatérale.* Les États peuvent modifier les accords, même si cette démarche est ardue et prend du temps. Il peut être préférable de recourir à des interprétations conjointes, mais une note interprétative n'aura peut-être pas beaucoup de poids si cette possibilité n'a pas été prévue dans l'accord. Cependant, certains accords disposent que toute interprétation d'une de leurs clauses par les parties contractantes a force obligatoire pour tout tribunal. Cette possibilité s'est avérée très utile dans le contexte de l'ALENA (1992). Au demeurant, les parties à un accord n'ont pas vraiment besoin d'une telle disposition pour émettre une interprétation ayant des effets juridiques. La règle générale d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités tient compte de «tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» (art. 31.3 alinéa a). De même, elle dispose qu'«un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties» (art. 31.4).

*La deuxième approche est unilatérale.* Une déclaration unilatérale a valeur d'interprétation, notamment lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans un contexte litigieux. Elle rend compte de l'intention d'une Partie contractante. Elle a toutefois des limites – elle ne peut modifier le texte de l'accord et doit faire partie d'une démarche interprétative plus large. Elle est tout de même très utile pour expliciter le contenu d'une disposition particulière. Par exemple, lorsqu'ils ont été transmis pour approbation à l'organe législatif interne, certains accords sont accompagnés de déclarations de mise en œuvre ou de documents d'appui qui ont souvent une valeur informative.

Parmi les autres options figurent, par exemple, la participation aux *délibérations d'organisations internationales*, les prises de position officielles et les objections spécifiques sur certaines questions. Les États qui ne sont pas à l'aise avec la manière dont certaines questions sont résolues peuvent faire entendre leur voix. L'opinion ainsi exprimée peut avoir un effet juridique et faire ainsi partie du contexte que les arbitres devront peut-être examiner pour s'assurer de l'intention réelle qui sous-tend un accord. En revanche, il y a un danger dans un tel processus car il peut arriver qu'un État *adopte des déclarations interprétatives*

*opportunistes* pour se prémunir contre des litiges pendants ou futurs. Dans un tel cas, la déclaration interprétative aurait peu de valeur probante. Les travaux de la Commission du droit international peuvent aussi jouer un rôle dans ce contexte.

\* \* \*

**Au total**, lorsqu'ils évaluent leurs engagements conventionnels et négocient de nouveaux accords, les États devraient examiner les clauses de traitement NPF en ayant à l'esprit l'équilibre global entre les objectifs de promotion, de protection et/ou de libéralisation des investissements d'une part et, d'autre part, la marge d'action nécessaire pour élaborer des politiques et des mesures concordant avec leurs priorités nationales. Ils peuvent y parvenir en menant des négociations prudentes et éclairées, fondées sur des définitions, des concepts, des règles et des normes clairs, équilibrés et bien conçus, de même qu'en faisant un usage judicieux des exceptions, des réserves, des restrictions et/ou des dérogations, de manière à répondre aux besoins particuliers de chaque Partie contractante.

Les États doivent aussi composer avec les clauses NPF inscrites dans des accords plus anciens, qui n'ont pas une portée claire ou qui ne rendent simplement pas compte de l'intention des parties au moment de la négociation, notamment parce que l'effet de ces formulations n'était pas jugé problématique à l'époque. Dans cette optique, ils peuvent soit faire une interprétation conjointe ou unilatérale de la clause NPF, soit préciser et délimiter sa portée au moyen d'un protocole ou d'une formulation révisée.

#### NOTES

<sup>1</sup> L'ABI Argentine-Espagne (1991), par exemple, dispose que «[...] 2. **Pour toutes les questions visées par le présent Accord**, ce traitement n'est pas moins favorable que celui que chaque Partie accorde sur son territoire aux investisseurs d'un pays tiers [...]» (caractères gras ajoutés).

<sup>2</sup> Voir par exemple Schill (2009).

<sup>3</sup> Voir *Plama c. Bulgarie* et *Telenor c. Hongrie*.

<sup>4</sup> Voir aussi Fietta (2005), Freyer et Herlihy (2005).

## BIBLIOGRAPHIE

Aust, A. (2000). *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: University Press).

Banifatemi, Y. (2008). “The emerging jurisprudence on the most-favoured-nation *treatment* in investment arbitration”, in Andrea K Bjorklund, Ian A Laird and Sergey Ripinsky (eds.), *Investment Treaty Law, Current Issues III* (London: British Institute of International and Comparative Law), pp. 239-272.

Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law* (Oxford: University Press).

Dixon, M. and McCorquodale, R. (2003). *Cases and Materials on International Law* (Oxford: University Press).

Dolzer, R. and Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law* (Oxford: University Press).

Faya-Rodriguez, A. (2008). “The most-favored-nation clause in international investment agreements: A tool for treaty shopping?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, No. 1, pp. 89–102.

Fietta, S. (2005). “Most favoured nation treatment and dispute resolution under *bilateral* investment treaties: a turning point?”, *International Arbitration Law Review*, Issue No. 4, pp. 131-138.

Freyer, D. H. and Herlihy, D. (2005). “Most-favored-nation treatment and dispute settlement in investment arbitration: Just how

“favored” is “most-favored”?”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, No. 1, pp. 58-83.

Gaillard, E. (2005). “Establishing jurisdiction through a most-favored-nation clause”, *New York Law Journal: International Arbitration Law*, Vol. 233, No. 105 (June), pp. 1-3.

International Law Commission (ILC) (1978). “Draft articles on most-favoured-nation”, in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two. Available at: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1\\_3\\_1978.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_3_1978.pdf).

Joubin-Bret, A. (2008). “Admission and establishment in the context of investment protection”, in August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection* (Oxford: University Press), pp. 9-28.

Kinnear, M., Bjorklund, A. K. and Hannaford, J. F.G. (2006). “Article 1103: most-favored-nation treatment”, in M. Kinnear, A.K. Bjorklund and J.F.G. Hannaford (eds.), *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA* (La Haya: Kluwer), (Chapter XI).

Koskenniemi, M. (1989). *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki: University of Helsinki).

Kurtz, J. (2005). “The delicate extension of MFN treatment to foreign investors: Maffezini v. Kingdom of Spain”, in T. Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases*

*from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (London: Cameron May), pp. 523-556.

McLachlan, C., Shore, L., and Weiniger, M. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: University Press).

Muchlinski, P. T. (2007). *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: University Press).

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) (1998). *Commentary to the Consolidated Text of the Multilateral Agreement on Investment*, Document No. DAFFE/MAI(98)8/REV1 (Paris: OECD).

Rubins, N. (2008). “MFN Clauses, Procedural Rights and a Return to the Treaty Text”, in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law* (New York: Juris Publishing), Chapter 10.

Schill, S. W. (2009). “Multilateralizing investment treaties through most-favoured-nation clauses”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2. pp. 496-569.

Teitelbaum, R. (2005). “Who’s afraid of Maffezini? Recent developments in the interpretation of most favored nation clauses”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 3, pp 225-237.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (1999a). *Most-Favoured-Nation Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.11. Available at: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd10v3.en.pdf>.

\_\_\_\_\_ (1999b). *Scope and Definition. Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.9. Available at: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd11v2.en.pdf>.

\_\_\_\_\_ (2000a). *Taxation. Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.5. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit16\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit16_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2000b). *Flexibility for Development. Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.6. Available at: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd18.en.pdf>.

\_\_\_\_\_ (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E.03.II.D.8. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2004a). *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. Series on International Investment Policies for*



*Development* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. 05.II.D.1. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20047\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20047_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2004b). *International Investment Agreements: Key Issues*. Volume I (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.05.II.D.6. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2006). *Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations*. *Series on International Investment Policies for Development* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.06.II.D.14. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20058\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20058_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2009). “Recent developments in international investment agreements (2008–June 2009)”, *IIA Monitor*, No. 3. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf).

\_\_\_\_\_ (2010). *World Investment Report 2010. Investing in a Low-carbon Economy* (New York and Geneva: United Nations), United Nations Publication, Sales No. E.10.II.D.2. Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/wir2010\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf)

\_\_\_\_\_ (forthcoming). *Scope and Definition: A Sequel*. *UNCTAD Series on International Investment Agreements II* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, forthcoming.

WTO (2004). *Consultative Board. The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium* (Geneva: WTO).

## **CASES AND ARBITRAL AWARDS**

*ADF Group Inc. v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

*Ambiatelos Claim (Greece v. United Kingdom)*, 2 March 1956 (1956 *International Law Reports* 306).

*Archer Daniels Midland Company v. the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007.

*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990.

*AWG Group Ltd v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006.

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

*Camuzzi International S.A. v. The Republic of Argentina*; ICSID Case No. ARB/03/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 10 June 2005.

*Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v. Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/09, Award, 27 October 2006.

*CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003.

*CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/08, Award, 25 April 2005.

*Corn Products International Inc. v. the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility, 15 January 2008.

*Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the tribunal on the objections of jurisdiction, 25 January 2000.

*Gas Natural SDG, S.A. and The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005.

*Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

*M.C.I. Power Group L.C. and New Urbine, Inc. V. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007.

*Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

*Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002.

*MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

*Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Award, 2003.

*National Grid PLC v. Republic of Argentina*, UNCITRAL Arbitration, Decision on Jurisdiction, 20 June 2006.

*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

*Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/04, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

*Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001.

*Renta 4S.V.S.A., et al v. The Russian Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 024/2007, Award, 20 March 2009.

*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 079/2005, Award, October 2007.

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004.

*S.D. Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award, 2002.

*Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

*Société Generale v. The Dominican Republic*, LCAI Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction.

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006.

*Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, ICSID Case no. ARB (AF)/00/02, Award, 29 May 2003.

*Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006.

*TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/05, Award, 19 December 2009.

*Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009.

*United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Award on the Merits, 24 May 2007.

*Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 080/2005, Award, 21 April 2006.

*Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008.





**SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON INTERNATIONAL  
INVESTMENT AGREEMENTS, TRANSNATIONAL  
CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT**

(For more information, please visit [www.unctad.org/en/pub](http://www.unctad.org/en/pub))

***World Investment Reports***

(For more information visit [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir))

***World Investment Reports***

(For more information visit [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir))

***World Investment Report 2010. Investing in a Low-Carbon Economy.***

Sales No. E.10.II.D.1. \$80.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2010\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf).

***World Investment Report 2009. Transnational Corporations,***

***Agricultural Production and Development.*** Sales No. E.09.II.D.15. \$80.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2009\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf).

***World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the  
Infrastructure Challenge.*** Sales No. E.08.II.D.23. \$80.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf).

***World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive  
Industries and Development.*** Sales No. E.07.II.D.9. \$75.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf).

***World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition  
Economies: Implications for Development.*** Sales No. E.06.II.D.11. \$75.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf).

***World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the  
Internationalization of R&D.*** Sales No. E.05.II.D.10. \$75.

[http://www.unctad.org/en/docs/wir2005\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf).

***World Investment Report 2004. The Shift Towards Services.*** Sales No.

E.04.II.D.36. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2004\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf).

***World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives.*** Sales No. E.03.II.D.8. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf).

***World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness.*** 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2002\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf).

***World Investment Report 2001: Promoting Linkages.*** 356 p. Sales No. E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

***World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development.*** 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

***Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI.*** UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

***International Investment Policies for Development***  
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

***The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries.*** 161 p. Sales no. E.09.II.D.20. \$22.

***The Protection of National Security in IIAs.*** 170 p. Sales no. E.09.II.D.12. \$15.

***Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC Regions.*** 134 p. Sales no. E.08.II.D.27. \$15.

***International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward.*** 124 p. Sales no. E.08.II.D.1. \$15.

*Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements.* 103 p. Sales no. E.08.II.D.5. \$15.

*Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking.* 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

*Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Investment Rulemaking.* 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

*Investment Provisions in Economic Integration Agreements.* 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

*Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations.* 104 p. Sales no.: E.06.II.D.14. \$15.

*International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues.* 110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

*Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review.* 106 p. Sales No. E.06.II.D.1 \$15

*South-South Cooperation in Investment Arrangements.* 108 p. Sales No. E.05.II.D.26 \$15.

*International Investment Agreements in Services.* 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

*The REIO Exception in MFN Treatment Clauses.* 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

*Issues in International Investment Agreements*  
(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

*International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III.* Sales no.: E.05.II.D.6. \$65.

*State Contracts.* 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

*Competition.* 112 p. E.04.II.D.44. \$ 15.

*Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary.* 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

*Incentives.* 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

*Transparency.* 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

*Dispute Settlement: State-State.* 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

*Dispute Settlement: Investor-State.* 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

*Transfer of Technology.* 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

*Illicit Payments.* 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

*Home Country Measures.* 96 p. Sales No. E.01.II.D.19. \$12.

*Host Country Operational Measures.* 109 p. Sales No. E.01.II.D.18. \$15.

*Social Responsibility.* 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

*Environment.* 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.

*Transfer of Funds.* 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.

*Flexibility for Development.* 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.

*Employment.* 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.

*Taxation.* 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.

*Taking of Property.* 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.

*National Treatment.* 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.

*Admission and Establishment.* 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.

*Trends in International Investment Agreements: An Overview.* 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.

*Lessons from the MAI.* 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.

*Fair and Equitable Treatment.* 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.

*Transfer Pricing.* 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.

*Scope and Definition.* 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.

*Most-Favoured Nation Treatment.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.

*Investment-Related Trade Measures.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.

*Foreign Direct Investment and Development.* 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

#### ***Investment Policy Monitors***

***Investment Policy Monitor.*** A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 3, 7 October 2010.  
[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20105\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20105_en.pdf)

***Investment Policy Monitor.*** A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 2, 20 April 2010.  
[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102_en.pdf)

***Investment Policy Monitor.*** A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 1, 4 December 2009.  
[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911_en.pdf)

*IIA Monitors and Issues Notes****IIA Issues Note No. 1 (2010): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf)

***IIA Monitor No. 3 (2009): Recent developments in international investment agreements (2008–June 2009).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)

***IIA Monitor No. 2 (2009): Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097_en.pdf)

***IIA Monitor No. 1 (2009): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf)

***IIA Monitor No. 2 (2008): Recent developments in international investment agreements (2007–June 2008).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf)

***IIA Monitor No. 1 (2008): Latest Developments in Investor– State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf)

***IIA Monitor No. 3 (2007): Recent developments in international investment agreements (2006 – June 2007).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076_en.pdf)

***IIA Monitor No. 2 (2007): Development implications of international investment agreements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072_en.pdf)

***IIA Monitor No. 1 (2007): Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071_en.pdf)

***IIA Monitor No. 4 (2006): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/sections/dite\\_pcbb/docs/webiteia200611\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteia200611_en.pdf)

***IIA Monitor No. 3 (2006): The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20069\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf)

***IIA Monitor No. 2 (2006): Developments in international investment agreements in 2005.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067_en.pdf)

***IIA Monitor No. 1 (2006): Systemic Issues in International Investment Agreements (IIAs).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20062\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20062_en.pdf)

***IIA Monitor No. 4 (2005): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052_en.pdf)

***IIA Monitor No. 2 (2005): Recent Developments in International Investment Agreements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20051\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20051_en.pdf)

***IIA Monitor No. 1 (2005): South-South Investment Agreements Proliferating.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20061\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20061_en.pdf)

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Please consult your bookstore or write:

For Africa, Asia and Europe to:

Sales Section  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations  
CH-1211 Geneva 10  
Switzerland  
Tel: (41-22) 917-1234  
Fax: (41-22) 917-0123  
E-mail: unpubli@unog.ch

For Asia and the Pacific, the Caribbean, Latin America and North America to:

Sales Section  
Room DC2-0853  
United Nations Secretariat  
New York, NY 10017  
United States  
Tel: (1-212) 963-8302 or (800) 253-9646  
Fax: (1-212) 963-3489  
E-mail: publications@un.org

All prices are quoted in United States dollars.

For further information on the work of the Division on Investment and Enterprise, UNCTAD, please address inquiries to:

---

**Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs  
aux accords internationaux d'investissement II**



United Nations Conference on Trade and Development  
Division on Investment and Enterprise  
Palais des Nations, Room E-10054  
CH-1211 Geneva 10, Switzerland  
Telephone: (41-22) 917-5651  
Telefax: (41-22) 917-0498  
<http://www.unctad.org>

## QUESTIONNAIRE

### Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel

Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel

Sales No. E.10.II.D.19

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey  
UNCTAD Division on Investment and Enterprise  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations, Room E-9123  
CH-1211 Geneva 10, Switzerland  
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

---

---

2. Which of the following best describes your area of work?

- |                             |                          |                                  |                          |
|-----------------------------|--------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| Government                  | <input type="checkbox"/> | Public enterprise                | <input type="checkbox"/> |
| Private enterprise          | <input type="checkbox"/> | Academic or research institution | <input type="checkbox"/> |
| International organization  | <input type="checkbox"/> | Media                            | <input type="checkbox"/> |
| Not-for-profit organization | <input type="checkbox"/> | Other (specify) _____            |                          |

3. In which country do you work? \_\_\_\_\_

4. What is your assessment of the contents of this publication?

Excellent  Adequate   
Good  Poor

5. How useful is this publication to your work?

Very useful  Somewhat useful   
Irrelevant

6. Please indicate the three things you liked best about this publication:

---

---

---

7. Please indicate the three things you liked least about this publication:

---

---

---

8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?

Consistently good  Usually good, but with some exceptions   
Generally mediocre  Poor

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful       Somewhat useful   
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes       No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above: