

SEMINAIRE SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET LE
REGLEMENT DES DIFFERENDS INVESTISSEURS / PAYS D'ACCUEIL

Rabat 5-7 juin 2013

Le traitement de la nation la plus favorisée
et les limites de l'importation d'un meilleur
traitement

HORCHANI

horchani.ferhat@gmail.com

La présentation a été inspirée des travaux de la CNUCED en matière d'AI |

la non-discrimination entre étrangers: la CNPf

- Prévue à l'origine en matière de commerce
- Accordé sous conditions. Règle non absolue.
- N'est pas systématiquement plus favorable que le TN.

Introduction

Caractéristiques du traitement NPF : il est :

- une disposition clé dans les All ;
- un élément central du système commercial multilatéral ;
- but : éviter toute discrimination entre les investisseurs étrangers de différents pays.

Introduction (suite)

Implications pour l'investisseur étranger :

les clause NPF :

- apportent un garantie contre toute discrimination basée sur la nationalité des investisseurs étrangers opérée par le pays d'accueil, et,
- sont essentielles pour établir une égalité au niveau des opportunités concurrentielles entre des investisseurs étrangers originaires de différents pays.

Introduction (suite)

Implications pour l'Etat d'accueil

les clause NPF :

- imposent des limites aux pays d'accueil au regard de leurs politiques présentes et futures d'investissement en leur interdisant de favoriser certains investisseurs étrangers par rapport à des investisseurs d'autres pays.
- risquent d'ouvrir des droits à des investisseurs originaire d'un Etat partie sans imposer d'obligation en contrepartie sur cet Etat.

Il apparaît donc nécessaire de mettre en place des **exceptions** à clause NPF afin d'éviter les effets non désirés.

Introduction (suite)

- Extension du traitement NPF : à la fois à la phase de pré- et de post-établissement.

Explication de la notion

Définition et champ d'application

La notion de la Nation la plus favorisée signifie :

- L'Etat d'accueil doit étendre le traitement qu'il accorde à un investisseur d'un pays étranger aux investisseurs d'autres pays étrangers.
- Le traitement ne doit pas être moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs de tout autre pays étranger dans des situations analogues.

Définition et champ d'application

(suite)

En insérant une clause NPF dans un accord, les parties s'engagent à :

- ✓ prévenir toute discrimination
- ✓ contre les investisseurs de pays étrangers
- ✓ sur la base de leur nationalité.

Définition et champ d'application

(suite)

Les clauses NPF dans les AII sont :

- réciproques (par opposition à une clause unilatérale) : toutes les parties contractantes sont liées,
- inconditionnelles, et,
- en principe non limitées : elles s'appliquent à toutes les questions liées aux investissements.

Définition et champ d'application

(suite)

- La plupart des accords définissent le traitement NPF comme un « traitement non moins favorable » que celui qu'elle accorde aux nationaux d'Etats tiers :
- De nombreux accords précisent que ce traitement s'applique dans des « circonstances analogues ».

La plupart des AI octroient le traitement NPF **à la fois aux investisseurs étrangers et à leurs investissements**. Cependant, certains accords n'accordent le traitement NPF **aux seuls investissements** ([Traité sur la Charte de l'Energie, Article 10.7](#)) ou **aux seuls investisseurs** ([Modèle d'APPI de la France, Article 5.1](#)).

Définition et champ d'application

(suite)

Le traitement NPF s'applique potentiellement à **toutes les catégories d'activités relatives aux investissements**, telles que la conduite, l'entretien, l'utilisation, la vente, ou la liquidation d'un investissement, et peut être invoqué dans le cadre de toute législation relative aux investissements.

- L' [Article 10\(7\) du traité sur la Charte de l'Énergie \(1992\)](#) couvre toutes les activités relatives aux investissements, « y compris leur gestion, entretien, utilisation, jouissance ou disposition ».
- Le [modèle d'APPI de la France](#) fait référence aux « activités en liaison avec un investissement » (Article V).

Définition et champ d'application

(suite)

- En ce qui concerne l'établissement d'un investissement, le traitement NPF s'appliquait traditionnellement seulement au traitement post-établissement.
- Cependant, certains accords plus récents, en particulier les accords conclus par les Etats-Unis et le Canada, comme l'ALENA, étendent le traitement NPF à la phase de pré-établissement.

Limitations du champ d'application

1. Le traitement individuel ou contractuel

La clause NPF concerne le traitement habituellement accordé aux investisseurs d'un pays étranger donné.

Les privilèges spéciaux ou les incitations accordés de manière individuelle à un investisseur (transaction dite « ponctuelle »), **ne crée pas d'obligation sous le régime NPF**. En revanche, si ce traitement individuel devient une pratique générale, la clause NPF pourra s'appliquer.

Limitations du champ d'application (suite)

2. Différence de situations objectives

Un traitement différent accordé à des investisseurs de nationalités différentes peut être justifié lorsque les investisseurs se trouvent dans des situation objectives différentes : par exemple, un traitement différent dans des secteurs économiques spécifiques, pourrait être envisagé à condition de ne pas être discriminatoire.

Traitement NPF et égalité en matière de concurrence

- La règle NPF contribue à instaurer une égalité des chances entre investisseurs concurrents de différents pays étrangers.
- Elle empêche que la concurrence soit faussée à cause d'une discrimination fondée sur la base de la nationalité des investisseurs.
- Elle interdit l'octroi d'un traitement plus favorable aux investisseurs d'un pays donné par rapport à d'autres pays étrangers.

Le problème des « *free riders* »

- Une clause NPF inconditionnelle oblige les parties contractantes à étendre à tous les pays avec lesquels elle a conclu un traité tous les avantages qu'elle concèdera à un autre pays dans un accord futur.
- En conséquence, la marge de manœuvre des pays est limitée en ce qui concerne la conclusion de futurs accords parce que cela pourrait conduire à une situation de « *free ride* » (course gratuite : resquilleurs).

Le problème des « *free riders* » (suite)

Etendue du problème :

- Dans le cas des **traités multilatéraux** ou dans le cas d'un nombre important de TBI conclus par **un Etat** ce phénomène est d'autant moins tolérable que le nombre de *free riders* potentiels est grand.

La règle NPF et ses exceptions

- La règle de la Nation la plus favorisée.
- Le modèle post-établissement.
- Le modèle pré- et post-établissement.
- Exceptions.

La règle NPF (suite)

Les clauses NPF sont très similaires les unes des autres tant du point de vue de leur structure que de celui de leur champ d'application. Mais elles diffèrent sur un point important :

- Certaines clauses NPF se n'appliquent qu'au stade **post-établissement**,
- Certaines autres s'appliquent en plus lors de la phase de **pré-établissement**.

Le modèle post-établissement

- La plupart des APPI ne contiennent pas d'obligation concernant l'admission des investissements étrangers.
 la clause NPF ne s'applique **qu'après** l'entrée de l'investissement sur le territoire du pays d'accueil.
- Certains accords restreignent explicitement la clause NPF à la phase de post-établissement, tout en prévoyant une clause non obligatoire de « **meilleurs efforts** » afin d'accorder le traitement NPF à la phase de pré-établissement.
- Exemple : Traité sur la Charte de l'Energie, [Article 10\(7\),\(2\) et \(3\)](#).

Le modèle pré- et post-établissement

Dans ce cas, la clause NPF s'applique tant à la phase de pré- et de post-établissement de l'investissement.

- la plupart des APPI des Etats-Unis,
- les accords récents conclu par le Canada,

Exemple : [ALENA \(1992\), Article 1103.](#)

Exceptions

Compte tenu du large champ d'application de la clause NPF, les AII contiennent en général un certain nombre d'exceptions à la clause NPF :

1. Exceptions générales.
2. Exceptions réciproques spécifiques quant au sujet.
3. Exceptions particulières à un pays.

Exceptions générales

- Les exceptions générales sont de nature générale et non spécifiquement limitées à la règle NPF.
- Les principales exceptions générales sont relatives à :
 - l'ordre public, la santé publique et la moralité publique, et,
 - la sécurité nationale.

Exceptions d'ordre, de santé et de moralité publics

- La plupart des APPI autorisent les parties contractantes à déroger à la règle NPF pour des raisons d'ordre public, de santé publique ou de moralité publique.
- Cependant, il peut être difficile d'identifier concrètement des cas dans lesquels par exemple le maintien de l'ordre public exigerait de discriminer entre les investisseurs étrangers originaires des différents pays.

Exception d'ordre, de santé et de moralité publics (suite)

Exemples de clauses d'exception dans des **accords plurilatéraux et multilatéraux** :

- [L'Article XIV de l'AGCS](#) aborde le problème de la protection de la moralité publique et le maintien de l'ordre public ainsi que la protection de la santé, de la vie humaine, animale et végétale, de l'environnement.
- [L'Article 24 du Traité sur la Charte de l'Energie](#) contient une clause d'exception relative entre autre à l'ordre public, la protection de la vie et de la santé.

Exception de sécurité nationale

- La plupart des APPI ne contiennent pas d'exception pour des raisons de sécurité nationale. Néanmoins, il semble que les parties contractantes peuvent prendre les mesures autorisées par droit international.
- Plusieurs accords plurilatéraux et multilatéraux contiennent une exception de sécurité nationale. Exemple: [AGCS, Article XIV bis\(1\)](#)

Exceptions réciproques spécifiques quant au sujet

La plupart des AII contiennent des exceptions réciproques spécifiquement axées sur les dispositions en matière de clause NPF. Les exceptions les plus courantes sont relatives à :

1. fiscalité,
2. propriété intellectuelle,
3. organisations d'intégration économique régionale
4. etc

Traitement national et CNPF

Traitement national : les investisseurs étrangers ne doivent pas être traités de manière moins favorable que les investisseurs du pays d'accueil.

- Le TN peut compléter le traitement NPF afin de garantir une protection large contre toute forme de discrimination.
- Les exceptions au TN sont plus fréquentes que celles à la clause NPF car il est plus difficile d'assurer une égalité de traitement entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux qu'entre des investisseurs étrangers de différentes nationalités.

Traitement juste et équitable et CNPF

- Le traitement juste et équitable (TJE) et le traitement NPF conduisent souvent au même résultat, bien qu'il s'agisse de deux concepts distincts.
- Le TJE est un principe absolu, alors que le traitement NPF dépend du niveau de traitement que l'Etat d'accueil accorde aux investisseurs de pays tiers.

Il peut arriver que le TJE et le traitement NPF produisent des effets différents (rare en pratique).

Expropriation

- **Dispositions relatives à l'expropriation :**
Toute expropriation doit être non-discriminatoire : traitement de tous les investisseurs étrangers dont le bien a été exproprié, en accord avec la règle NPF.
- **Dispositions relatives à la protection en cas de situation de troubles ou de conflit :**
Engagement du pays d'accueil à ne pas agir de manière discriminatoire lorsqu'il décide de compenser pour les pertes subies en raison d'un conflit armé, d'un état d'urgence, d'une révolution, d'une insurrection, désordres civils ou de tout autre fait similaire.

Implications possibles et options pour les négociateurs

En matière de rédaction d'une clause NPF, il existe deux séries de questions :

1. Limitation de la clause NPF au traitement post-établissement ou extension au traitement pré-établissement.
2. Introduction ou non d'exceptions à l'application du traitement NPF.

Stratégies de développement et clause NPF

Les pays en développement poursuivent des politiques nationales différentes en matière d'IED afin d'atteindre des objectifs spécifiques de développement.

Ces politiques varient entre une approche de porte ouverte à une approche restrictive :

- Une **politique de porte ouverte** : aucune restriction ou discrimination à l'égard des investisseurs étrangers fondée sur la nationalité de ces derniers. : implique une clause NPF illimitée.
- Stratégie **d'intervention sélective** : contrôles à l'entrée, obligations de résultat, incitations. attirer les IED dans certaines activités favorables
- Politiques **très restrictives** en matière d'IED.

Compétence du CIRDI CNPF et clause de règlement plus favorable

- **Affaire Maffezini c. Espagne:**
- **Mécanisme de règlement des litiges lié à la protection des Inv.**
- **Une clause de règlement des litiges plus favorable peut être étendue en vertu de la CNPF.**
- **Mais caractère exceptionnel**
- **Libellé de la CNPF**
- **Ordre public**
- **La CNPF ne peut contourner une obligation précise d'épuisement des recours locaux**

Compétence du CIRDI et clause de règlement plus favorable

- **Une clause de règlement des litiges plus favorable (délais, type d'arbitrage etc) peut être étendue en vertu de la CNPF (jurisprudence constante après des hésitations)**
- **Solution:**
 - **exclure le règlement des différends de la CNPF**