

PREMIÈRE PARTIE.

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET RÉCIPROCITÉ

La clause de la nation la plus favorisée partage une particularité avec la clause de traitement national : elles sont des clauses de traitement *par référence* ou de traitement *indirect*¹. Dépourvues de contenu concret précis, elles opèrent par renvoi au traitement accordé par l'Etat concédant à d'autres sujets : les nationaux s'agissant de la clause de traitement national, les étrangers d'autres nationalités, origines ou provenances, s'agissant de la clause de la nation la plus favorisée. Ce type de disposition permet de bénéficier de droits dont la teneur est inconnue au moment de la conclusion du traité. Or les traités internationaux reposent sur

¹ Le qualificatif *indirect* ou l'expression « par référence » est préférable à ceux de *contingent* et de *relatif* qui donnent une impression d'incertitude ou de conditionnalité qui n'est pas toujours caractéristique de ces clauses. La distinction entre clauses de traitement direct et clauses de traitement indirect semble dater du milieu du XXème siècle. À la fin des années 1950, Herman Walker classait les clauses de traitement contenues dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation en deux catégories : les standards contingents et les standards non contingents ou absolus. Il plaçait la clause de la nation la plus favorisée et la clause de traitement national parmi les standards contingents qu'il définissait ainsi : « [a] *contingent standard is, as its name implies, one that defines the treatment provided in relative terms. The specific content of the treatment, at any given point of time and in connection with any given subject, is determinable not from a reading of the treaty itself, but by reference to an exterior state of law and fact. The objective is to secure non-discrimination, or equality of treatment : a sort of "equal protection of the laws" objective* » (« Modern treaties of friendship, commerce and navigation », *Minnesota law review*, 1958, p. 805-824, spéc. p. 810-811). La distinction fut ensuite reprise pour l'étude des traités d'établissement et ceux de promotion et de protection des investissements étrangers (voy. not. FATOUROS (Arghyrios A.), *Government guarantees to foreign investors*, New York : Colombia University Press, 1962, xxvi-411 p., spéc. p. 136). Roy Preiswerk distingue pour sa part les clauses « directes ou absolues » des « clauses indirectes ou relatives » (*La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, 1963, *op. cit.* p. 23-44). Les premières regroupent deux catégories : les clauses directes spéciales, qui contiennent un droit précis, et les clauses directes générales (les clauses de traitement équitable, de non-discrimination et de traitement préférentiel). Il range notamment parmi les clauses indirectes le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

un « équilibre »², une « unité fondamentale »³ qui sont le résultat d'engagements réciproques. La clause de la nation la plus favorisée appartient et participe à cet équilibre, mais la mise en œuvre d'une telle clause a pour effet de le bouleverser.

L'équilibre global d'un traité ne résulte en effet pas de la réciprocité formelle des engagements, qui ne crée souvent qu'un artifice, une apparence d'échanges équilibrés ; il ressort d'une autre réciprocité, indifféremment qualifiée de réelle, matérielle, effective, de réciprocité de fond ou de réciprocité par équivalence⁴, qui est « le résultat [du] marchandage »⁵ auquel a donné lieu la négociation du traité et qui se rapporte aux *contreparties* que chaque participant trouve aux engagements qu'il prend. Par le fait de la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée, l'échange de contreparties risque fortement de devenir déséquilibré. La clause de la nation la plus favorisée entre alors en contradiction avec la réciprocité qui était le fondement de l'engagement des Etats (titre premier). Sa généralisation ne peut s'expliquer que par la découverte de moyens permettant de préserver nonobstant un équilibre des relations (titre second).

² VIRALLY (Michel), « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI* 1967-III, p. 3-105, spéc. p. 36.

³ DECAUX (Emmanuel), *La réciprocité en droit international*, 1980, *op. cit.* p. 53 : « [c]'est la réciprocité qui fait passer un accord du simple parallélisme de dispositions juxtaposées à la solidarité de mesures coordonnées. C'est la réciprocité qui implique le respect par chaque partie du traité considéré comme un "tout" parfait, et non des exécutions dissociées selon les parties ou les clauses » (*ibid.* p. 55). Voy. aussi PREISWERK (Roy), « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », *JDI* 1967, p. 5-40, spéc. p. 6 : « le principe de réciprocité est inhérent à l'idée même de traité ».

⁴ « [L]e véritable équilibre dans le traité ne résulte pas de la réciprocité formelle appliquée à des engagements considérés isolément, mais bien de l'ensemble des articles, dont certains peuvent procurer des avantages substantiels à l'un des partenaires moyennant une contrepartie purement formelle, mais se trouvent compensés par d'autres articles, également déséquilibrés quant aux avantages qu'ils confèrent aux parties, mais en sens inverse » (VIRALLY (Michel), « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI* 1967, *op. cit.* p. 36). Le déséquilibre d'un traité peut également être compensé par la conclusion d'un autre traité. Comme l'écrit encore Emmanuel Decaux, « l'égalité ne doit pas seulement s'apprécier dans une clause, ni dans un seul traité, ni même dans les rapports juridiques des deux Etats : elle peut avoir une compensation extrajuridique qui, pour échapper au juriste, n'en est pas moins réelle » (*La réciprocité en droit international*, 1980, *op. cit.* p. 29).

⁵ DECAUX (Emmanuel), *La réciprocité en droit international*, 1980, *op. cit.* p. 57.