

SECONDE PARTIE.

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE ET EGALITE

En obligeant l'Etat concédant à accorder le même traitement aux bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée que celui qu'il réserve aux plus favorisés, la clause de la nation la plus favorisée permet l'élimination de différences de traitement fondées sur la nationalité. Elle relève ainsi de la catégorie des clauses de non-discrimination et d'égalité de traitement. Ces trois types de clauses, même si elles entretiennent des rapports étroits, se distinguent les unes des autres.

Clauses de non-discrimination et clauses d'égalité diffèrent en ce que les premières prohibent les différenciations fondées sur un motif indiqué expressément qui est considéré comme arbitraire et par conséquent jugé illégitime¹. Les clauses de non-discrimination n'interdisent donc pas toutes les différences de traitement. En revanche, l'égalité exclut en principe toute différence de traitement. Le principe d'égalité apparaît ainsi comme une interdiction générale de discriminer et les clauses de non-discrimination comme des expressions particulières du principe d'égalité².

¹ Les clauses de non-discrimination sont donc telles lorsque le motif interdit de différenciation est précisé : la race, la religion, la croyance, le sexe, la nationalité, etc. Lorsqu'une disposition fournit une liste non limitative des motifs interdits, elle est alors plutôt une clause d'égalité de traitement. Voy. CHEVALLIER (Jacques), « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. 1, v-864-xxvi p., p. 415-428, spéc. p. 421.

² Ainsi pour la CJCE, « le principe général d'égalité dont l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire » (*Hochstrass*, 16 oct. 1980, arrêt, aff. 147/79, *Rec.* p. 3005, pt 7, cité par HERNU (Rémy), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2003, xiv-555 p., spéc. §62).

La clause de la nation la plus favorisée se rapproche davantage de la non-discrimination que de l'égalité de traitement puisqu'elle énonce le motif considéré comme discriminatoire : la nationalité ou l'origine. Elle apparaît comme une expression particulière du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Toute clause de non-discrimination en raison de la nationalité n'équivaut cependant pas à une clause de la nation la plus favorisée sinon toutes les clauses de non-discrimination en raison de la nationalité équivaldraient à des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. La différence entre elles est qu'une clause de non-discrimination n'empêche pas les Etats d'accorder des avantages à certains pays, alors que la clause de la nation la plus favorisée les y oblige. En d'autres termes, le principe de non-discrimination permet à un Etat de bénéficier du traitement accordé à tous les autres, mais il ne permet pas le bénéfice des traitements particuliers accordés à certains autres ; seule la clause de la nation la plus favorisée peut avoir cet effet³.

En disposant que l'Etat bénéficiaire doit recevoir le traitement plus favorable accordé à un Etat tiers, la clause de la nation la plus favorisée présente ainsi un caractère original par rapport aux clauses d'égalité et de non-discrimination : toutes les inégalités de traitement, y compris celles qui pourraient être objectivement justifiées, sont en principe prohibées, le maintien d'un traitement discriminatoire n'est possible que s'il résulte d'une exception prévue dans le traité de base. La clause de la nation la plus favorisée est donc une clause de non-discrimination absolue (titre premier) opérant dans un champ d'action limité (titre second).

³ On avait ainsi considéré au sein de la CDI que « le principe de la non-discrimination doit être considéré comme une règle générale qui peut toujours être invoquée par n'importe quel Etat. Mais un Etat ne peut pas, normalement invoquer ce principe à l'encontre d'un autre Etat qui accorde un traitement particulièrement favorable à un Etat tiers s'il bénéficie lui-même du traitement général non discriminatoire accordé aux autres Etats sur un pied d'égalité avec ceux-ci » (*Ann. CDI* 1978, vol. II, 2^{ème} partie, §50). Voy. aussi DECAUX (Emmanuel), *La réciprocité en droit international*, 1980, *op. cit.* p. 202-204.