

TITRE PREMIER. UNE CLAUSE DE NON-DISCRIMINATION ABSOLUE

La clause de la nation la plus favorisée interdit toutes les formes de discriminations, qu'elles soient *de jure* ou *de facto*, directe ou indirecte. Le plus souvent, une atteinte à la clause de la nation la plus favorisée résulte d'une discrimination directe car elle provient de la différence dans le contenu des traités conclus par l'Etat concédant. Mais il arrive aussi que des atteintes résultent de discriminations indirectes ou de fait, en particulier dans le domaine des échanges de marchandises, lorsqu'une mesure a par exemple pour effet de favoriser les importations en provenance d'un ou de seulement quelques Etats.

L'inclusion des discriminations indirectes ou de fait dans le champ de la clause de la nation la plus favorisée fait apparaître un problème que les tribunaux parviennent difficilement à régler : peut-on légitimement condamner une mesure dont il résulte en pratique que certains étrangers sont traités moins favorablement que d'autres selon leur origine, mais dont l'objectif n'est pas de discriminer, mais de satisfaire un besoin d'intérêt général ? Selon l'exemple donné par un auteur¹, le lait vendu dans des contenants en carton peut-il recevoir un traitement plus favorable que le lait vendu dans des récipients en plastique non recyclable afin de protéger l'environnement ? Le malaise est véritable tant la jurisprudence et la doctrine sont partagées. A une époque où les préoccupations environnementales envahissent la planète et où la libéralisation des échanges est impopulaire, la question se pose de savoir si les motifs légitimes de différenciation ne devraient pas être pris en compte dans l'évaluation de la compatibilité d'une mesure avec la clause de la nation la plus favorisée. Cette question apparaît aux deux moments de la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée : au stade de la détermination de la similarité (chapitre premier) et à celui de l'évaluation de la différence de traitement (chapitre second).

¹ REGAN (Donald H.), « Regulatory purpose and "like products" in article III :4 of the GATT (with additional remarks on article III :2) », *JWT* 2002, p. 443-478, spéc. p. 447.