

CHAPITRE PREMIER. LA SIMILARITÉ

Le traitement de la nation la plus favorisée n'est dû aux bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée que s'ils se trouvent dans une situation similaire à celle dans laquelle se trouvent les bénéficiaires du traitement plus favorable. La condition de similarité, inhérente à la mise en œuvre de toute clause de la nation la plus favorisée¹, constitue une étape capitale de son application : elle en définit la portée. Selon l'étroitesse des critères de comparaison, une violation de la clause sera ou non reconnue. Plus les critères de similarité sont larges, plus grande est la portée de la clause et plus exigeante est l'obligation vis-à-vis de l'Etat. L'élaboration des critères de comparaison doit ainsi répondre à un souci d'équilibre afin que les clauses de la nation la plus favorisée conservent leur pleine efficacité, sans pour autant exiger de l'Etat plus qu'il ne peut être raisonnablement attendu de lui.

Les critères de similarité ne devraient pas sortir du hasard. Comme nous l'avons déjà relevé, ils devraient être commandés par un point de vue comparatif, sinon le jugement de similarité serait arbitraire². Les clauses de la nation la plus favorisée n'indiquent pas expressément quel est le point de vue comparatif. Il appartient aux juges et arbitres de le définir, et, dans le même temps, de déterminer la place qu'il convient de laisser à la discrétion des Etats pour décider si des situations doivent être traitées de la même manière ou non.

¹ Voy. *supra* p. 74-76. La similarité ne pose de difficulté que dans le cas d'une discrimination de fait. Dans le cas des discriminations en droit, on peut supposer par hypothèse que des sujets similaires ne sont pas traités de la même façon. Sur l'absence de recherche de similarité à l'OMC en cas de discrimination *de jure*, voy. *Indonésie – Autos*, rapport du groupe spécial, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juil. 1998, §14.113 ; *Canada – Autos*, rapport du groupe spécial, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 fév. 2000, §10.74 ; *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »*, recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, rapport du groupe spécial, WT/DS108/RW, 20 août 2001, §8.130 ; *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, rapport du groupe spécial, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 déc. 2001, §7.174 ; *Argentine – Peaux et cuirs*, rapport du groupe spécial, WT/DS155/R, 19 déc. 2000, §11.169 ; *Corée – Viande de bœuf*, rapport du groupe spécial, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 juil. 2000, §618 ; *Communautés européennes – Marques et indications géographiques*, rapport du groupe spécial, WT/DS174/R, 15 mars 2005, §7.714 ; *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, rapport du groupe spécial, WT/DS276/R, 6 avril 2004, §6.167 ; *Turquie – Mesures affectant l'importation de riz*, rapport du groupe spécial, WT/DS334/R, 21 sept. 2007, §7.390-7.393. Les groupes spéciaux admettent dans ce cas l'existence de produits similaires « hypothétiques » : *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée (Plainte du Panama)*, rapport du groupe spécial, WT/DS366/R, 27 avril 2009, §7.356-7.357, *Etats-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, rapport du groupe spécial, WT/DS392/R, 29 sept. 2010, §7.426-7.429.

² Voy. *supra* p. 74-76.

A cet égard, la jurisprudence de l'OMC et celle qui se développe en droit des investissements internationaux diffèrent entièrement. En adoptant deux points de vue comparatif différents, les deux contentieux illustrent deux conceptions opposées de la similarité. La première ne tient compte que du rapport de concurrence (section I), la seconde considère également les raisons pour lesquelles une différence de traitement a été faite par l'Etat (section II).

SECTION I.
LA SIMILARITÉ DÉTERMINÉE
DU POINT DE VUE DU RAPPORT DE CONCURRENCE

La notion de similarité apparaît dans de nombreuses dispositions des accords OMC. Sa principale caractéristique est d'être relative, c'est-à-dire qu'une détermination de la similarité dépend entièrement du contexte dans lequel la question est posée³. Cette notion a donc rarement été définie⁴ et les groupes spéciaux du GATT de 1947 puis ceux de l'OMC et l'Organe d'appel ont toujours déterminé la similarité au cas par cas, tenant compte des spécificités de la disposition mise en œuvre et de l'affaire en cause. En conséquence, des produits similaires au titre de la clause de la nation la plus favorisée ne le sont pas nécessairement au titre du régime anti-dumping par exemple. Une étude de la similarité au sens des clauses de la nation la plus favorisée devrait donc être propre et autonome par rapport à celles menées sur d'autres clauses⁵.

Une difficulté apparaît cependant : la jurisprudence de l'ORD relative à la similarité au sens des clauses de la nation la plus favorisée est quasi-inexistante⁶,

³ La relativité de l'expression « produits similaires » a été signalée dès les discussions préparatoires de la Charte de La Havane : « l'expression a des sens différents selon les contextes où on la retrouve dans le projet de Charte » (débat de la session de la Commission préparatoire de Londres, EPCT/C.II/65 p. 3, cité in OMC, *Guide des règles et des pratiques du GATT : index analytique*, 1995, *op. cit.* p. 39) ; voy. aussi JACKSON (John H.), *World trade and the law of GATT : a legal analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Indianapolis, Kansas City : The Bobbs-Merrill Company, 1969, xxxix-948 p., spéc. p. 260-262.

⁴ Les accords OMC contiennent quelques définitions de la similarité. Les « produits similaires » sont définis dans l'accord anti-dumping et dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (voy. *infra* p. 199) et les « marchandises similaires ou identiques » sont définies dans l'accord sur l'évaluation en douane à l'article 15 :2.

⁵ John H. Jackson estime que la condition de similarité doit probablement recevoir une interprétation étroite quand il s'agit de mettre en œuvre des exceptions aux principes du GATT (*World trade and the law of GATT*, 1969, *op. cit.* p. 263). L'ORD ne procède toutefois pas ainsi. Si la similarité s'entend par exemple de façon étroite pour les mesures antidumping et compensatoires, elle reçoit une acception plus large pour les mesures de sauvegarde, alors que les droits antidumping, compensatoires et de sauvegarde peuvent être considérés comme des mesures d'exception par rapport aux principes du libre-échange. L'ORD fonde sa jurisprudence sur les termes des clauses, et non pas sur leur contexte dans le GATT.

⁶ La jurisprudence rendue dans le cadre du GATT de 1947 sur l'article premier est assez fournie, mais elle était encore peu élaborée. Dans le cadre de l'OMC, des violations de l'article premier du GATT ont souvent été invoquées, mais soit il s'agissait d'hypothèses dans lesquelles la similarité ne posait pas de difficulté (cas de discriminations directes, voy. *supra* n. 1 p. 195), soit les groupes spéciaux se sont fondés sur le principe d'économie jurisprudentielle et n'ont pas étudié la conformité