

CHAPITRE SECOND. LE TRAITEMENT NON MOINS FAVORABLE

Après la détermination de la similarité, l'évaluation de la différence de traitement est la seconde étape de la recherche de la compatibilité d'une mesure avec une clause de la nation la plus favorisée. Cette phase est fondamentale : la clause de la nation la plus favorisée ne joue que lorsqu'un traitement plus favorable a été accordé à un tiers. Une simple différence de traitement ne suffit pas à établir la discrimination ; de la différence de traitement doit résulter l'application d'un traitement plus et moins avantageux différencié suivant l'origine¹.

Selon la rédaction des clauses, la question à laquelle il s'agit de répondre paraît ne pas se poser dans les mêmes termes. Deux modèles, illustrés par les articles premier du GATT² et II de l'AGCS³, se présentent. Dans le premier cas, la question est celle de savoir si un avantage accordé à certains a été étendu aux bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée. Dans le second cas, qui se présente aussi dans les traités de protection des investissements, la question est celle de savoir si les bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée ont reçu un traitement non moins favorable que celui accordé à d'autres. La particularité des clauses du GATT, de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC⁴ est qu'elles ajoutent que le traitement de la nation la plus favorisée doit être accordé « immédiatement et sans condition ». Toutefois ces différentes formulations ne devraient pas impliquer de différences entre ces clauses. D'une

¹ Voy. notamment, s'agissant du GATT, *Etats-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, rapport du groupe spécial adopté le 19 juin 1992, DS18/R, *IBDD* suppl. 39, p. 142-173, §6.11 ; *Etats-Unis – Article 337 de la loi douanière de 1930*, rapport du groupe spécial adopté le 7 nov. 1989, L/6439, *IBDD* suppl. 36, p. 386-451, §5.11, *Communautés européennes – Bananes III*, rapport du groupe spécial précité, 22 mai 1997, §7.164-7.166, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée (Plainte du Panama)*, rapport du groupe spécial, WT/DS366/R, 27 avril 2009 (en l'espèce, la discrimination reposait sur la provenance des produits, c'est-à-dire sur le lieu d'expédition, et non pas sur l'origine, ce qui n'a pas fait obstacle au constat d'incompatibilité avec l'article premier du GATT). En droit des investissements, ce point n'a pas été précisé par les tribunaux arbitraux.

² Pour rappel, art. I :1 du GATT : « [t]ous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes ».

³ Pour rappel, art. II :1 de l'AGCS : « [e]n ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».

⁴ Pour rappel, art. 4 de l'Accord sur les ADPIC : « [e]n ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres ».

part, la mention « sans condition » n'apporte en principe aucune exigence supplémentaire par rapport à une clause de la nation la plus favorisée classique (section I). D'autre part, le problème qui se pose n'est pas tant celui de l'identification d'une faveur, d'un avantage ou d'un traitement favorable (section II) que celui de savoir si le traitement réservé à un tiers est *plus* favorable que le traitement directement applicable (section III). En conséquence, la question n'est sans doute pas celle de savoir pourquoi l'Etat a-t-il discriminé, elle se réduit sans doute à celle de savoir seulement s'il a discriminé.

SECTION I. L'INCONDITIONNALITÉ

Les clauses de la nation la plus favorisée dites « inconditionnelles » le sont par opposition aux clauses dites « conditionnelles ». Selon les clauses conditionnelles, le traitement plus favorable n'est accessible qu'en échange d'une contrepartie ou d'un traitement réciproque. Il est désormais établi qu'en l'absence de mention contraire, les clauses de la nation la plus favorisée sont toujours inconditionnelles, c'est-à-dire qu'elles ne sont soumises ni à une condition de contrepartie, ni à une condition de réciprocité⁵. Inscrite dans le texte de la clause de la nation la plus favorisée, comme aux articles premier du GATT, II de l'AGCS et 4 de l'Accord sur les ADPIC, l'inconditionnalité soulève une ambiguïté. En conséquence de la mention expresse « sans condition », ces clauses pourraient en effet ne pas être des clauses inconditionnelles classiques : elles pourraient signifier que les Membres de l'OMC ont non seulement l'interdiction d'exiger toute contrepartie ou tout traitement réciproque en échange du traitement plus favorable, mais aussi l'impossibilité de poser aucune condition à l'octroi d'un avantage. Confrontés à cette question, les groupes spéciaux du GATT puis les organes de l'OMC ont successivement retenu des interprétations différentes⁶.

Dans un premier temps, il a semblé que l'inconditionnalité de l'article premier du GATT ne se limitait pas à l'idée que l'on se faisait traditionnellement de l'inconditionnalité (sans contrepartie ni réciprocité). L'affaire *Allocations familiales belges* en fournit un exemple. La Belgique percevait une retenue sur les produits achetés par ses pouvoirs publics, mais elle en exemptait les produits originaires de certains pays selon le système d'allocations familiales qu'ils avaient adopté. Le sous-groupe des réclamations a reconnu son incompatibilité avec l'article premier du GATT en considérant que la loi belge subordonnait l'exemption à certaines conditions⁷.

⁵ Voy. *supra* p. 51 et 52.

⁶ Voy. MAVROIDIS (Petros C.), *The General agreement on tariffs and trade : a commentary*, 2005, *op. cit.* p. 120-125.

⁷ *Allocations familiales belges*, rapport du sous-groupe des réclamations adopté le 7 nov. 1952, G/32, IBDD suppl. 1, p. 63-66, §3. Voy. de même *CEE – Importation de viande de bœuf en provenance du Canada*, rapport du groupe spécial adopté le 10 mars 1981, L/5099, IBDD suppl. 28, p. 97-106.