

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

La question de savoir si une législation ayant pour effet de traiter moins favorablement certains étrangers par rapport à d'autres est condamnable au titre du traitement de la nation la plus favorisée, alors qu'elle a pour objet de satisfaire un besoin d'intérêt général, reçoit une réponse positive. La question de savoir si le lait vendu dans des contenants en carton peut recevoir un traitement plus favorable que le lait vendu dans des récipients en plastique non recyclable, alors que cette mesure vise la protection de l'environnement, ne reçoit toutefois pas une réponse catégorique. Les deux produits sont certainement similaires. L'un reçoit un traitement moins favorable que l'autre. Mais ces deux constats sont insuffisants. Il faut encore que ces deux produits aient deux provenances distinctes et déterminées pour que la mesure soit condamnable. Une telle législation serait contraire à la clause de la nation la plus favorisée seulement si l'inégalité de traitement favorisait les importations en provenance d'un ou de plusieurs Etats en particulier au détriment des importations en provenance des autres. Si tel était le cas, la conséquence de sa condamnation par l'OMC ne serait pas que l'Etat n'a pas le droit de protéger l'environnement, elle serait qu'il doit le faire par des moyens compatibles.

La clause de la nation la plus favorisée repose en effet sur le postulat selon lequel, sauf exception, aucune inégalité de traitement fondée sur l'origine n'est tolérable. A l'OMC, l'adoption d'un tel postulat a un but défini : il s'agit de réduire les obstacles au commerce pour augmenter les échanges. L'égalité apparaît dès lors comme un moyen et non une fin<sup>1</sup>. En droit international des investissements, le postulat n'a pas une telle portée et c'est certainement la raison pour laquelle les sentences arbitrales détonnent face à la rigueur des rapports de l'ORD. La clause de la nation la plus favorisée n'a pas le même caractère fondamental. En conséquence, les tribunaux arbitraux ne se contentent pas de la constatation que l'Etat a discriminé ; ils se demandent pourquoi il l'a fait. Ces raisons sont en effet peut-être plus impérieuses que celles qui l'avaient conduit à conclure une clause de la nation la plus favorisée.

L'inflexibilité de la jurisprudence de l'ORD ne s'explique cependant pas uniquement par le sens donné à ce postulat. Elle s'explique par la rigueur de l'interprétation textuelle appliquée. L'égalité absolue engendrée par la clause de la nation la plus favorisée résulte en effet de sa spécificité par rapport à une

---

<sup>1</sup> A l'OMC, la non-discrimination est l'instrument du développement des échanges entre les Etats. En revanche, dans le domaine des droits de l'homme, l'égalité et la non-discrimination sont un fondement et une fin. Ainsi Edouard Dubout explique-t-il comment le droit communautaire a connu une évolution « de l'égalité comme moyen à l'égalité comme fin » (*L'article 13 du traité Communautés européennes : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, 2006, xiii-845 p., spéc. p. 200 et s.). Voy. également HERNU (Rémy), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, 2003, *op. cit.* §3.

clause d'égalité ou de non-discrimination : les bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée n'ont pas seulement accès au traitement accordé à tous les autres, ils ont surtout droit au traitement accordé spécialement à au moins un autre.

Le rapprochement de la clause de la nation la plus favorisée avec une simple clause d'égalité ou de non-discrimination engendrerait un double risque. Premièrement, les tribunaux internationaux s'érigeraient en juges de la légitimité des législations nationales alors que les Etats ne leur ont pas donné de fondement pour cela. Deuxièmement, l'objet de la clause de la nation la plus favorisée serait perdu de vue : il n'est pas que tous ceux qui se trouvent dans une situation similaire soient traités de manière identique ; il est que le moindre avantage accordé à l'un selon son origine soit étendu à ceux dont l'Etat a conclu la clause de la nation la plus favorisée. La détermination de la similarité n'est qu'un moyen de vérifier que tel est bien toujours le cas.