

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le champ d'action de la clause de la nation la plus favorisée n'est pas bien ou mal défini. Il est tout simplement défini. La clause de la nation la plus favorisée n'est en effet pas une simple clause de non-discrimination. L'effet potentiel de cette clause est encore plus spectaculaire : elle peut empêcher la création de regroupements économiques, elle peut permettre le recours à un tribunal international, elle peut obliger l'Etat à admettre certains étrangers sur son territoire. Il est sans doute nécessaire de lui imposer des limites et c'est pourquoi le champ d'action de la clause de la nation la plus favorisée est délimité, par les exceptions posées par les Etats parties, mais aussi par son propre mécanisme de mise en œuvre. Est-il nécessaire d'en poser de nouvelles ? Le procédé n'est pas en soi répréhensible ; il a été utilisé quand la condition *ejusdem generis* a été dégagée. Il doit néanmoins être employé avec parcimonie et dans l'unique but de préserver la volonté des Etats parties. Il semble qu'il ait été employé ces quinze dernières années par les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement de TBI alors que les limites propres à la clause de la nation la plus favorisée n'étaient pas entièrement maîtrisées : en particulier, une clause de la nation la plus favorisée ne peut jamais toucher à la « partie indisponible » de chaque traité, ni séparer les éléments indissociables d'un traitement.

A la différence des clauses d'égalité de traitement et de non-discrimination dont la mise en œuvre nécessite un contrôle des motifs de différenciation, la clause de la nation la plus favorisée a pour effet que le moindre traitement plus favorable doit être acquis, quelles que soient les raisons qui ont conduit à différencier les traitements. La clause de la nation la plus favorisée ne donne en effet pas un droit à l'égalité, elle donne droit au bénéfice du traitement du plus favorisé. La clause de la nation la plus favorisée ne s'interprète donc pas comme n'importe quelle clause de non-discrimination ou d'égalité de traitement, même si la tentation qu'elle le soit est permanente. Là où les principes d'égalité et de non-discrimination admettent des justifications, considérant qu'il est parfois légitime de différencier les traitements, les clauses de la nation la plus favorisée n'admettent que des exceptions, expression des discriminations que les Etats considèrent comme légitimes. Dans le cas de la clause de la nation la plus favorisée, la légitimité des différences de traitement est ainsi prise en compte au moment de la conclusion de la clause, lorsque sont déterminés les exceptions, et non pas au moment de la mise en œuvre de la clause, lorsqu'est évaluée la différence de traitement. Les juges et arbitres ont dès lors une marge d'appréciation relativement faible : ils doivent se conformer à la lettre des traités et ne peuvent dégager des motifs légitimes de différenciation autres que ceux

définis dans le traité de base. Les juges et arbitres étant aussi ceux qui établissent la similarité et le caractère plus favorable du traitement requis, ils ont tout de même une responsabilité essentielle dans la définition de la portée des clauses de la nation la plus favorisée.