

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les développements historiques de la pratique et de la doctrine relatives à la clause de la nation la plus favorisée faisaient apparaître une équation difficile à résoudre entre la clause de la nation la plus favorisée, la réciprocité et l'égalité. L'étude du mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée a confirmé que la mise en œuvre de la clause a incontestablement pour effet de rompre l'équilibre global du traité dans lequel elle est insérée, même lorsque la clause est conditionnelle. Le déséquilibre engendré par la mise en œuvre de la clause affecte la réciprocité sur laquelle repose les engagements contractés par les Etats dans l'ordre juridique international. En conséquence, la clause de la nation la plus favorisée n'a pas toujours été maintenue dans la pratique.

Lorsque la réciprocité des engagements était essentielle pour les Etats et que la clause de la nation la plus favorisée n'avait pas un rôle fondamental à jouer, comme en matière de condition des étrangers et en matière diplomatique et consulaire, la clause a disparu. En revanche, lorsque la réciprocité n'est pas une condition essentielle du consentement, comme dans le droit international des investissements où la clause évolue dans un environnement déséquilibré, la clause ne subit pas d'importantes remises en cause. Enfin, lorsque la réciprocité et la clause de la nation la plus favorisée sont toutes deux dotées d'une importance capitale, comme dans le droit international des échanges, ces deux principes – l'un du droit des traités, l'autre du commerce mondial – doivent être conciliés. Le GATT a ainsi posé un cadre juridique complexe dans lequel la clause de la nation la plus favorisée occupe une place inébranlable. Grâce à la multilatéralisation des négociations, à la stabilisation des concessions et à l'obligation de maintenir en toute circonstance un équilibre des droits et des obligations, la clause générale et inconditionnelle est relativement acceptée et respectée par les Membres.

La permanence de la clause de la nation la plus favorisée s'explique aussi par le fait qu'elle est pourvue d'un champ d'action limité : les limites résultent des exceptions qui l'accompagnent. Une autre limite lui est inhérente : la clause de la nation la plus favorisée ne donne pas accès à un traitement *égal* ou *identique*, mais à un traitement *non moins favorable*. Cette dernière expression est

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

fondamentale : en affirmant l'idée qu'un traitement de faveur minimum est dû, elle fournit la clé qui permet de comprendre la signification de la clause de la nation la plus favorisée.

La clause de la nation la plus favorisée contient la promesse que l'Etat cocontractant est, et sera traité, non moins favorablement que la nation la plus favorisée. L'intention des Etats parties à la clause est d'acquérir et de conserver un statut : le statut de la nation la plus favorisée. Paradoxalement, ce statut n'est généralement pas équivalent à celui de l'Etat le plus privilégié, contrairement à ce qu'indique le nom de la clause¹. Il ne l'a sans doute jamais été². En assortissant les clauses de la nation la plus favorisée d'exceptions, les Etats parties ont considéré que toutes les préférences accordées par l'Etat concédant à un autre Etat ne pouvaient pas être acquises par l'Etat bénéficiaire³. Dans l'intention des Etats parties, le statut de la nation la plus favorisée n'est pas le statut du plus privilégié. Il représente une fiction : l'expression « nation la plus favorisée » est passée dans le langage du droit des traités, mais elle n'a pas rigoureusement son sens littéral. La « nation la plus favorisée » est celle que les Etats ont définie comme telle ; elle n'est pas nécessairement la nation la plus favorisée au sens littéral.

L'expression « nation la plus favorisée » a tout de même un certain sens. Si le statut de la nation la plus favorisée n'est pas celui de l'Etat *le plus* privilégié, il correspond tout de même à un certain rang d'Etat privilégié. Ce rang est celui qui est immédiatement inférieur à celui réservé aux Etats dont les avantages ne sont pas accessibles au titre de la clause, en raison des exceptions posées. A chaque clause correspond alors une définition propre de ce que recouvre l'expression *nation la plus favorisée*, mais dans tous les cas, l'obligation est celle de maintenir le traitement dû par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire à un rang privilégié minimum.

Dès lors, le traitement de la nation la plus favorisée doit être entendu comme *un statut correspondant à un rang défini de privilèges*. La clause apparaît donc simplement comme l'outil permettant de maintenir ce niveau, c'est-à-dire comme une clause de modification automatique du droit applicable⁴.

¹ L'expression « nation la plus favorisée » est celle employée dans la plupart des langues : « most favoured nation » en anglais, « meistbegünstigung » en allemand, « nación más favorecida » en espagnol, « nazione piu favorita » en italien. Mais dans certaines langues, on emploie plutôt l'expression « traitement le plus favorable » (comme en russe selon le rapporteur spécial de la CDI, « rejim naibolchego blagopriatsvovaniya », *Ann. CDI* 1978, vol. II, 2^{ème} partie, p. 24, §1).

² Les premières clauses de la nation la plus favorisée, conclues du XV^{ème} au XVII^{ème} siècles, permettaient certainement d'acquérir le statut du plus favorisé, mais seulement temporairement puisque ces clauses n'incluaient pas les avantages futurs. L'expression « de la nation la plus favorisée » date de cette époque. Ensuite, les clauses de la nation la plus favorisée semblent avoir toujours été assorties d'exceptions. L'expression a été conservée, mais n'avait déjà plus cette signification pure.

³ Dans un premier temps, étaient exclues les préférences accordées à des Etats nommés, ceux avec lesquels l'Etat concédant entretenait des rapports très privilégiés. Puis ces rapports particuliers ont donné lieu à la création d'unions douanières et de zones de libre-échange si bien qu'on a exclu les avantages accordés dans le cadre de ces regroupements. D'autres préférences ont ensuite été retirées du jeu de la clause : celles accordées aux pays en développement.

⁴ La clause de la nation la plus favorisée n'est pas une clause de *révision* des traités : d'une part car elle ne modifie pas définitivement le traité et d'autre part car elle ne modifie pas seulement d'autres

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette signification éclaire les rapports entretenus par la clause de la nation la plus favorisée avec la réciprocité et avec l'égalité. En pratique, les points de vue évoluent au cours de la vie du traité de base. Au moment de sa conclusion, la clause de la nation la plus favorisée n'apparaît pas comme la source d'un futur déséquilibre : chaque partie promettant à l'autre qu'elle est à présent, et qu'elle sera à l'avenir, traitée comme la nation la plus favorisée, la clause constitue au contraire le moyen de maintenir dans le temps un équilibre, celui fondé sur la promesse du bénéfice présent et à venir du rang de la nation la plus favorisée⁵. Cette perspective explique que les clauses de la nation la plus favorisée empruntent le plus souvent des formulations très larges : la promesse présente un caractère absolu ; le cocontractant est, et sera traité, *sur tous les plans*, comme le plus favorisé. Les interprètes cependant ont à juste titre nuancé l'engagement en dégageant la règle *ejusdem generis* : la promesse n'a été donnée que dans un cadre convenu de relations.

De la généralité des termes, il résulte néanmoins qu'au moment de la mise en œuvre de la clause, l'intention première – accorder et maintenir un certain rang de privilèges – peut être perdue. Il reste une promesse vague d'accorder un traitement non défini, dont la légitimité est contestable puisque l'Etat bénéficiaire y a droit gratuitement. Il reste aussi l'impression que l'engagement a pour finalité l'égalité de traitement. L'égalité n'est cependant pas *la fin* poursuivie par la clause, mais *le moyen* de respecter l'engagement pris⁶

traités, mais aussi le droit interne applicable sur le territoire de l'Etat concédant. Elle est automatique sous sa forme inconditionnelle ce qui signifie que la modification intervient sans que l'Etat bénéficiaire n'ait à accorder de contreparties. Elle modifie en général dans le sens de l'amélioration mais pas uniquement car elle peut fonder un abaissement du traitement à un niveau moins favorable lorsque le traitement plus favorable n'est plus applicable au tiers.

⁵ Un auteur du début du XXème siècle l'avait saisi : « [la clause de la nation la plus favorisée] ne fait, en réalité, qu'établir entre les parties contractantes l'obligation réciproque de maintenir un certain *modus vivendi sui generis*, et basé sur un équilibre donné. Pratiquement, elle se résout en une obligation précise de communiquer certains avantages, mais ce n'est là qu'un moyen, le plus direct d'ailleurs d'établir et de maintenir l'équilibre recherché » (HEPP (François), *Théorie générale de la clause de la nation la plus favorisée en droit international privé*, 1914, *op. cit.* p. 63-64). Voy. aussi FUNCK-BRENTANO (Théophile), SOREL (Albert), *Précis du droit des gens*, Paris : Librairie Plon, 2^{ème} éd. 1887, 528 p., spéc. p. 163-164.

⁶ Rappelons à cet égard la discussion qui avait eu lieu au sein de la CDI à propos de l'expression « non moins favorable » : « [l]a Commission s'est demandé si elle ne devait pas employer l'adjectif "égal" pour qualifier le rapport qui existe entre les conditions du traitement conféré à un Etat tiers et celles qu'a promises l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire. Les arguments en faveur de l'emploi du mot "égal" reposent sur le fait que la notion d'"égalité de traitement" est liée de manière particulièrement étroite à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. On a soutenu que la clause représente le principe de l'égalité de traitement et en est l'instrument et qu'elle est un moyen de parvenir à une fin : l'application de la règle de l'égalité de traitement dans les relations internationales [...]. Toutefois, bien qu'un engagement de la nation la plus favorisée n'oblige pas l'Etat concédant à accorder à l'Etat bénéficiaire un traitement plus favorable que celui qui est conféré à un Etat tiers, il n'interdit pas à l'Etat concédant d'accorder à l'Etat bénéficiaire des avantages supérieurs à ceux qui sont conférés à l'Etat tiers le plus favorisé. En d'autres termes, si le traitement de la nation la plus favorisée exclut le traitement préférentiel d'Etats tiers par l'Etat concédant, il est pleinement compatible avec le traitement préférentiel de l'Etat bénéficiaire par l'Etat concédant, bien que l'octroi de ce traitement préférentiel puisse être requis en vertu d'autres clauses de la nation la plus favorisée. En conséquence, le traitement accordé à l'Etat bénéficiaire et celui qui est accordé à

(maintenir l'Etat bénéficiaire à un certain rang de privilèges). La non-discrimination n'est donc pas exactement le but poursuivi, même si elle est sans aucun doute l'effet atteint⁷. Ceci fait apparaître une nuance dont l'enjeu est important. Lorsque l'égalité est conçue comme une fin, toute différence de traitement doit être légitimée : l'égalité n'est due que dans les limites où il est raisonnable de l'accorder. Le principe d'égalité n'interdit en effet pas les différenciations objectives, raisonnables, proportionnées ou légitimes. Lorsque l'égalité est conçue comme un moyen, on ne s'interroge pas sur la finalité poursuivie par la différence de traitement : on fait respecter l'égalité en toute circonstance.

Cet enjeu permet de comprendre la jurisprudence de l'ORD. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC considèrent que toute inégalité de traitement est incompatible avec la clause de la nation la plus favorisée. Peu importe les effets de cette inégalité et peu importe surtout ses motifs. Dans le champ d'action de la clause, l'égalité doit être absolue. Cette jurisprudence ne résulte pas de l'adoption, par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel, d'une position politique inflexiblement favorable au libre-échange. Cette position est fondée sur une interprétation textuelle rigoureuse des termes employés par les clauses en vigueur. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne s'interrogent pas sur la légitimité de l'inégalité de traitement car la formulation des clauses de la nation la plus favorisée ne donne aucun fondement pour le faire. Ces clauses imposent l'extension des préférences.

Or la formulation des clauses de la nation la plus favorisée des accords OMC n'est pas différente de celle des autres clauses de la nation la plus favorisée, en particulier de celles des accords de promotion et de protection des investissements étrangers. Toutes ces clauses devraient être interprétées de la même façon, comme n'autorisant aucune inégalité de traitement fondée sur la nationalité quelle que soit la finalité poursuivie par la différence de traitement. Certains tribunaux arbitraux considèrent néanmoins que la clause de la nation la plus favorisée n'interdit que les différences de traitement *illégitimes*. Cette position est fondée sur l'assimilation de la clause de la nation la plus favorisée à une clause d'égalité. Une telle interprétation n'est pas conforme à la volonté des parties telle qu'elle s'est exprimée dans la formulation des clauses de la nation la

l'Etat tiers ne sont pas nécessairement "égaux". Cet argument est infirmé par le fait évident que, si l'Etat concédant accorde un traitement préférentiel à l'Etat bénéficiaire (c'est-à-dire un traitement plus favorable que celui qui est conféré à l'Etat tiers) – ce qu'il n'est pas tenu de faire en vertu de la clause –, ce traitement sera accordé indépendamment de l'application de la clause. En fin de compte, la Commission a accepté l'expression "non moins favorable", car elle estime que c'est là l'expression communément utilisée dans les clauses de la nation la plus favorisée » (*Ann. CDI 1978*, vol. II, 2^{ème} partie, p. 26, §5). Certains membres de la CDI confondaient ainsi la fin et le moyen et c'est sans grande conviction, mais grâce à un souci de rigueur, que la CDI a retenu l'expression « non moins favorable ».

⁷ La clause de la nation la plus favorisée a pour effet l'égalité de traitement des Etats, mais pas de tous les Etats, uniquement de l'Etat bénéficiaire et de l'Etat tiers en ce qui concerne le traitement appliqué par l'Etat concédant. La généralisation de la clause de la nation la plus favorisée, par son insertion systématique dans les traités bilatéraux ou par sa multilatéralisation, aboutit au *fait* que presque tous les Etats sont des Etats bénéficiaires si bien qu'ils reçoivent tous le même traitement de la part de l'Etat concédant.

CONCLUSION GÉNÉRALE

plus favorisée : celles-ci ne disposent pas qu'une différence légitime de traitement est acceptable ; elles disposent qu'un traitement au moins aussi favorable que celui accordé à la nation la plus favorisée doit être accordé à l'Etat bénéficiaire.

En conséquence la clause de la nation la plus favorisée ne fait pas obstacle à toutes les *différences* de traitement : seules celles dont il résulte une application d'un traitement moins *favorable* à l'Etat bénéficiaire sont prohibées. Dès lors un traitement n'est pas moins favorable uniquement parce qu'il est différent d'un autre ou parce qu'il n'est pas celui que préférerait le bénéficiaire du traitement de la nation la plus favorisée. Le traitement réservé à l'un est moins favorable que celui réservé à l'autre lorsqu'une *faveur* accordée à l'un ne bénéficie pas à l'autre. Une clause de la nation la plus favorisée attire une faveur – un privilège ou un avantage, ces termes sont synonymes du point de vue du jeu de la clause –, qui est objectivement identifiable comme telle.

En matière de condition des étrangers, la faveur consiste en l'octroi d'un droit à l'étranger : le droit d'ester en justice, de s'établir comme commerçant, d'accéder à la propriété, sont par exemple des faveurs accordées par l'Etat concédant. Plus l'étranger dispose de droits sur le territoire de l'Etat d'accueil, plus le traitement est favorable. En matière de commerce international, la faveur consiste en l'octroi d'un accès au marché : le droit d'importer une marchandise, de s'établir comme fournisseur de service, de subir la même fiscalité que les nationaux, sont par exemple des faveurs accordées par l'Etat concédant. Plus l'accès au marché est facilité, plus le traitement est favorable. En matière de traitement des investissements, la faveur ne se mesure pas différemment. Elle s'apprécie au regard de la façon dont l'Etat d'accueil se comporte à l'égard de l'investisseur étranger et de son investissement : plus il prend d'engagements qui limitent les droits souverains dont il dispose à l'égard des personnes ou des biens se trouvant sur son territoire, plus il accorde à ces derniers un traitement favorable. L'admission des investissements sur le territoire, l'engagement de les traiter comme ses nationaux, mais aussi l'offre de régler un différend devant un tribunal international, sont par exemple des faveurs accordées par l'Etat concédant.

L'importance des développements récents que connaît la clause de la nation la plus favorisée montre que celle-ci ne cesse d'être l'une des techniques les plus importantes du droit des traités et qu'à ce titre elle continue à susciter questionnements et débats. Elle indique en outre que la clause est sans doute encore nécessaire. L'étude de la clause de la nation la plus favorisée, en touchant celle de deux fondements du droit international des traités, la réciprocité et l'égalité, illustre en dernier lieu combien cette clause représente un chapitre très riche du grand livre du droit des traités, toujours au cœur du droit international.