

Document:-
A/CN.4/257 and Add.1

**Troisième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor,
Rapporteur spécial - Projet d'articles (articles 1 à 5), accompagné de
commentaires**

sujet:
Clause de la nation la plus favorisée

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1972, vol. II

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

CLAUDE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/257 ET ADD.1

Troisième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée,
par M. Endre Ustor, rapporteur spécial

Projet d'articles, accompagné de commentaires

[Texte original en anglais]
[31 mars et 8 mai 1972]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Liste des abréviations</i>	175
Article 1 ^{er} . — Expressions employées.....	176
Commentaire.....	176
Article 2. — Clause de la nation la plus favorisée.....	176
Article 3. — Traitement de la nation la plus favorisée.....	177
Commentaire des articles 2 et 3.....	177
Article 4. — Fondement juridique du traitement de la nation la plus favorisée.....	183
Commentaire.....	183
Article 5. — Origine du droit de l'État bénéficiaire.....	184
Commentaire.....	184

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ALALE	Association latino-américaine de libre-échange
CIJ	Cour internationale de Justice
<i>C.I.J. Mémoires</i>	CIJ, <i>Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
SDN	Société des Nations

Article premier. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;

b) L'expression « Etat contractant » s'entend d'un Etat qui a consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non ;

c) L'expression « partie » s'entend d'un Etat qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur ;

d) L'expression « Etat concédant » s'entend d'un Etat contractant qui a consenti à accorder le traitement de la nation la plus favorisée ;

e) L'expression « Etat bénéficiaire » s'entend d'un Etat contractant qui a consenti à recevoir le traitement de la nation la plus favorisée ;

f) L'expression « Etat tiers » s'entend d'un Etat qui n'est pas partie au traité en question.

COMMENTAIRE

1) Puisque la clause de la nation la plus favorisée est une disposition conventionnelle et puisque dans la plupart des cas¹, sinon dans tous, elle suppose également l'existence d'un traité collatéral (conclu entre « l'Etat concédant » et un « Etat tiers »), il est nécessaire de préciser le sens qui sera donné à l'expression « traité » dans le présent projet. L'alinéa a de l'article 1^{er} reproduit la définition contenue dans l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités². Cette uniformité présente un avantage manifeste : la Commission n'emploiera pas cette expression dans une de ses études dans un sens différent de celui qu'elle lui a donné lors de ses travaux antérieurs et dans la convention adoptée à la suite de ces travaux. Il s'ensuit que le projet d'articles ne s'appliquera pas lorsqu'un Etat aura promis oralement à un autre le traitement de la nation la plus favorisée — situation qui se présente rarement, pour ne pas dire jamais. Cette restriction est peut-être déjà contenue implicitement dans l'expression « clause », dont l'emploi suppose probablement qu'elle se trouve dans un accord écrit. Le traité collatéral, lorsqu'il en existe³, est pratiquement toujours conclu lui aussi en forme écrite, et les cas, extrêmement rares, où il en

iraient autrement peuvent être réglés par des dispositions appropriées.

Le libellé proposé exclut également les cas dans lesquels des Etats s'engagent conventionnellement dans des « accords de siège » à accorder à des organisations internationales et à leur personnel le même traitement qu'à d'autres organisations ou à des missions diplomatiques⁴. Ces cas sont toutefois assez rares et, au demeurant, il ne s'agit pas en l'occurrence de clauses de la « nation la plus favorisée » au sens strict du terme. C'est pourquoi le Rapporteur spécial suggère que, pour le moment du moins, la définition de l'expression « traité » qui est proposée à l'alinéa a soit retenue.

2) Les expressions « Etat contractant » et « partie » et leurs définitions sont également empruntées à la Convention sur le droit des traités pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées ci-dessus. Il sera possible d'examiner par la suite s'il est également utile d'employer ces deux expressions et de retenir la distinction tenue établie entre les notions qu'elles recouvrent dans le projet d'articles relatifs à la clause de la nation la plus favorisée.

3) On s'est de même inspiré, pour définir l'expression « Etat tiers », du libellé de l'alinéa h du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de 1969 en y ajoutant les mots « en question ». Cette addition est motivée par le fait que dans le cadre du sujet à l'étude l'Etat tiers, bien que n'étant pas partie au traité en question, c'est-à-dire au traité qui contient la clause, est dans la plupart des cas partie à un autre traité conclu avec l'Etat concédant (le traité collatéral).

4) Les expressions « Etat concédant » et « Etat bénéficiaire » et leurs définitions ne semblent pas appeler d'explications. On avait d'abord envisagé de mentionner dans le commentaire le fait évident que lorsque des Etats s'accordent réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée, ce qui est généralement le cas, chacun d'eux devient du même coup à la fois Etat concédant et Etat bénéficiaire, mais cette constatation figure dans le corps même d'un article (art. 2, par. 2).

5) La définition d'autres expressions sera ajoutée à la liste contenue dans l'article 1^{er} si cela s'avère nécessaire au cours des travaux à venir.

Article 2. — Clause de la nation la plus favorisée

1. Par « clause de la nation la plus favorisée », on entend une disposition conventionnelle par laquelle un ou plusieurs Etats concédants s'obligent à accorder le traitement de la nation la plus favorisée à un ou plusieurs Etats bénéficiaires.

2. Lorsque, comme c'est habituellement le cas, les Etats contractants s'engagent à s'accorder réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée, chacun

¹ Voir ci-dessous art. 3, par. 2.

² Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309.

³ Voir ci-dessous art. 3, par. 2.

⁴ Voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1970, vol. II, p. 228 et 229, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 90 à 92.*

d'eux devient de ce fait à la fois un Etat concédant et un Etat bénéficiaire.

Article 3. — Traitement de la nation la plus favorisée

1. Par « traitement de la nation la plus favorisée », on entend un traitement accordé à des conditions non moins favorables que celles du traitement accordé par l'Etat concédant à tout Etat tiers dans un domaine défini des relations internationales en ce qui concerne des personnes ou des choses déterminées.

2. Sauf s'il en est convenu autrement, le paragraphe 1 s'applique que le traitement accordé par l'Etat concédant à tout Etat tiers soit fondé sur un traité, un autre accord, un acte législatif autonome ou la pratique.

COMMENTAIRE DES ARTICLES 2 ET 3

1) On a essayé dans les articles 2 et 3 de définir respectivement la notion de clause de la nation la plus favorisée et celle de traitement de la nation la plus favorisée. Ces articles sont de même nature que l'article 1^{er} (Expressions employées), mais il a été jugé plus commode de traiter ces questions, sur lesquelles seront centrés tous les autres articles, dans des articles distincts de celui-ci.

2) Les ouvrages de droit abondent en définitions de la clause de la nation la plus favorisée. Les quelques exemples cités ci-après ont été classés sous deux rubriques : a) définitions s'appliquant uniquement aux clauses qui figurent dans des traités de commerce ; b) définitions de portée générale, ne s'appliquant pas uniquement au commerce⁵.

a) *Définitions s'appliquant uniquement aux clauses qui figurent dans des traités de commerce*

i) Une clause de la nation la plus favorisée est une disposition, généralement contenue dans un accord de commerce conclu entre deux Etats, par laquelle les parties contractantes s'obligent à s'accorder mutuellement toutes concessions ou faveurs dont

elles ont fait bénéficier dans le passé ou dont elles pourraient faire bénéficier à l'avenir les marchandises, les agents ou les instruments de commerce d'un autre Etat, de telle manière que le régime applicable à leurs relations commerciales ne soit jamais moins favorable que celui dont jouit l'Etat dont les relations commerciales avec chacun des deux Etats contractants sont soumises au régime le plus favorable. Ce qui est essentiel, c'est l'égalité fondée sur le traitement reçu par tout Etat tiers⁶.

- ii) On peut définir brièvement la clause de la nation la plus favorisée comme étant simplement un engagement de non-discrimination à l'égard du commerce de l'autre partie au traité, ou un engagement de favoriser l'autre partie autant que tout pays tiers. Elle est toutefois généralement définie comme un engagement d'accorder à l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qui peut être accordé au « plus favorisé » des autres pays⁷.
- iii) La clause de la nation la plus favorisée — dans son sens général — désigne « une stipulation conventionnelle par laquelle les deux parties contractantes A et B conviennent que si, ultérieurement, l'une d'elles conclut avec un Etat tiers C un traité de commerce accordant à C des avantages commerciaux particuliers, ces avantages seront accordés *ipso facto* au contractant initial »⁸.

b) *Définitions de portée générale, ne s'appliquant pas uniquement au commerce*

- i) La clause de la nation la plus favorisée est une stipulation, généralement contenue dans un accord entre Etats, par laquelle les parties contractantes se confèrent mutuellement la participation aux avantages plus considérables qu'elles ont déjà eus ou bien qu'elles viendraient par la suite à accorder à une tierce puissance, sans qu'une nouvelle convention ait à intervenir entre elles à cet effet⁹.
- ii) La clause de la nation la plus favorisée peut être définie : une stipulation par laquelle deux gouvernements organisent leur *participation réciproque* (en principe) à tout système juridique plus avantageux

⁵ Pour d'autres définitions, voir Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 4^e éd., Paris, Guillaumin, 1887-1888, vol. III, p. 365 ; N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, Les Editions internationales, 1930 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. d'après la 3^e éd. italienne par G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p. 432 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2^e éd. rev. et augm., Genève, Georg, 1967, t. I, p. 205 ; L. Oppenheim, *International Law : A Treatise*, 8^e éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 971 ; D. M. Genkin, « Printsip naibolchego blagopriyatstvovaniya v torgovykh dogovorakh gossouarstv » [Le principe de la nation la plus favorisée dans les traités commerciaux des Etats], *Sovetskoe gossouarstvo i pravo* [L'Etat soviétique et le droit], Moscou, n° 9, sept. 1958, p. 22 ; A.S. Korolenko, *Torgovye dogovory i soglachenia SSSR s inostrannymi gossouarstvami* [Traité et accords commerciaux conclus entre l'URSS et des Etats étrangers], Moscou, Vnechtorgizdat, 1953 ; P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », dans

Encyclopédie Dalloz — Droit international, Paris, Dalloz, 1968, t. I, p. 332 ; M. A. Vieira, « La cláusula de la nación más favorecida y el Tratado de Montevideo », dans *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, Montevideo, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, vol. 4 (1965-1966), p. 189.

⁶ R. C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause : An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, New York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, p. 10.

⁷ C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd. rev., Boston, Little, Brown, 1947, vol. II, p. 1503, où est citée une déclaration faite par la United States Tariff Commission en 1933.

⁸ T. Flory, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. 14, qui cite C.-A. Colliard, *Institutions internationales*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1967, p. 248.

⁹ S. Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », dans A.-G. de Lapradelle et J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1929, t. III, p. 464.

- qu'ils auraient déjà élaboré ou viendraient par la suite à élaborer d'accord avec d'autres gouvernements¹⁰.
- iii) La clause de la nation la plus favorisée est une disposition conventionnelle par laquelle un Etat s'oblige, au bénéfice d'un autre Etat (de l'Etat favorisé), à lui garantir les privilèges et droits que, pendant la durée dudit traité, il accorde par traité à un tiers Etat quelconque. Pour qu'elle porte donc effet, il faut que des privilèges quelconques soient accordés à un Etat tiers¹¹.
- iv) La clause de la nation la plus favorisée [...] est une stipulation contenue dans un accord bilatéral ou multilatéral international en vertu de laquelle les parties contractantes s'obligent à s'accorder mutuellement le traitement de la nation la plus favorisée. Un Etat accorde à un autre le traitement de la nation la plus favorisée lorsque, dans sa législation et dans sa réglementation, il accorde à cet autre Etat, ou aux ressortissants, navires, marchandises ou produits de cet autre Etat, un traitement qui correspond au traitement le plus avantageux qu'il accorde, aux mêmes égards et dans les mêmes conditions, à un Etat tiers¹².
- v) Par « principe de la nation la plus favorisée », on entend toute stipulation contenue dans un traité international en vertu de laquelle chaque partie contractante s'oblige à accorder à l'autre partie contractante, dans un certain domaine de leurs relations mutuelles défini dans le traité, les mêmes droits, avantages, privilèges et faveurs que ceux qu'il accorde ou accordera à l'avenir à tout Etat tiers¹³.
- vi) La clause de la nation la plus favorisée est la stipulation d'un traité par laquelle un Etat confère à un autre Etat les avantages qu'il a déjà accordés ou qu'il viendrait à accorder à tout autre Etat¹⁴.
- 3) On ne prétend pas rassembler, dans les définitions proposées dans les articles 2 et 3, tous les éléments caractérisant la clause et son application. Il convient dès lors de les lire dans le contexte de l'ensemble du projet, conjointement avec les autres articles que contient celui-ci.
- 4 Selon le paragraphe 1 de l'article 2, la clause a pour but et objectif « le traitement de la nation la plus favorisée ». Il n'y est pas fait mention de notions

connexes telles que « le principe de la nation la plus favorisée », « le régime de la nation la plus favorisée » et « la norme de la nation la plus favorisée ». Toutes ces expressions peuvent avoir leur intérêt dans des contextes particuliers, mais il n'a pas été jugé nécessaire de les inclure dans la définition de la clause. En ce qui concerne la dernière expression citée, et qui a la faveur de Schwarzenberger¹⁵, elle signifie, croit-on, « la norme de traitement de la nation la plus favorisée »¹⁶.

5) On n'a pas oublié, lorsqu'on s'est efforcé de définir la notion de la clause de la nation la plus favorisée, l'avertissement de McNair :

Bien qu'il soit d'usage de parler de la clause de la nation la plus favorisée, il existe de nombreuses formes de cette clause, et il convient de formuler et d'accueillir avec prudence les généralisations auxquelles on s'efforce de parvenir quant à la signification et aux conséquences desdites clauses¹⁷.

Cette idée a été exprimée en d'autres termes : « A strictement parler, la clause de la nation la plus favorisée n'existe pas en tant que telle : il faut étudier séparément chaque traité¹⁸ », et également ainsi : « il existe d'innombrables clauses de la nation la plus favorisée, mais il n'y a qu'une seule norme [de traitement] de la nation la plus favorisée¹⁹ ». Il a été tenu compte de ces considérations lorsqu'on a choisi cette forme de définition de la clause qui insiste sur le traitement de la nation la plus favorisée, la définition signifiant par essence que toute stipulation qui, dans un traité, accorde le traitement de la nation la plus favorisée constitue une clause de la nation la plus favorisée.

6) Il découle de la définition donnée au paragraphe 1 de l'article 2 que le fait de s'engager à accorder le traitement de la nation la plus favorisée est un élément constitutif de toute clause de la nation la plus favorisée. Dès lors, les clauses qui ne contiennent pas cet élément n'entrent pas dans le cadre de la présente étude, même si elles visent à aboutir aux mêmes résultats qu'une clause de la nation la plus favorisée. Tel est le cas du paragraphe 2 de l'article XVII de l'Accord du GATT, où les parties contractantes sont priées de s'accorder « un traitement équitable » en ce qui concerne les importations de produits destinés à être consommés par les pouvoirs publics²⁰. Tel est le cas également du paragraphe 1 de l'article XIII du même accord, aux termes duquel l'application des restrictions quantitatives doit être « non discriminatoire »²¹. Il en va de même

¹⁰ G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 384.

¹¹ M. Bartoš, « La clause de la nation la plus favorisée en droit international », *Revue de la politique internationale*, Belgrade, vol. 13, n° 303, 1962, p. 11.

¹² K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^e éd. [Schlochauer], Berlin, de Gruyter, 1961, vol. II, p. 497.

¹³ E. Usenko, « Formy regoulirovania sotsialisticheskogo mejdounarodnogo razdelenia trouda » [Modes de régulation de la division internationale socialiste du travail], *Mejdounarodnye otnochenia* [Relations internationales], Moscou, 1965, p. 226 (éd. allemande : *Sozialistische internationale Arbeitsteilung und ihre rechtliche Regelung*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1966, p. 191).

¹⁴ D. Vignes, « La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, Leyde, Sijthoff, 1971, t. 130, p. 213.

¹⁵ G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, p. 129.

¹⁶ Schwarzenberger relève d'autres types de normes comme celles du « traitement préférentiel », du « traitement identique », et du « traitement équitable » (*ibid.*, p. 156 et 157). [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]

¹⁷ A. D. McNair, *The Law of Treaties*, éd. rev., Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 273.

¹⁸ D. Anzilotti et A. D. McNair, cités par Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 138.

¹⁹ *Ibid.*, p. 159.

²⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 253. Voir aussi *Annuaire de la Commission du droit international, 1970*, vol. II, p. 240, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 162.

²¹ *Ibid.*, p. 239, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 160.

de l'article 23 du Traité instituant une zone de libre-échange et portant création de l'ALALE (dit « Traité de Montevideo »), du 18 février 1960²². Si une clause de la nation la plus favorisée garantit le pays bénéficiaire contre la discrimination, une clause contenant une promesse de non-discrimination ne procurera pas nécessairement les mêmes avantages qu'une clause de la nation la plus favorisée²³. Déterminer si une disposition conventionnelle donnée entre ou non dans le cadre d'une clause de la nation la plus favorisée est affaire d'interprétation.

7) Le paragraphe 1 de l'article 2 vise les clauses insérées dans les traités tant bilatéraux que multilatéraux. Il concerne également les cas (rares, au demeurant) des « octrois unilatéraux du traitement de la nation la plus favorisée » que contiennent ces traités — ce qui, pensons-nous, est souhaitable pour un certain nombre de raisons. Lorsque le Rapporteur spécial a précisé dans son document de travail du 19 juin 1968 que « la clause contenant une promesse unilatérale n'a qu'un intérêt historique²⁴ », c'est parce qu'il pensait aux capitulations. En indiquant que « de nos jours la clause n'est jamais unilatérale²⁵ », il se réfère aux clauses dénommées « clauses générales de la nation la plus favorisée » que contiennent habituellement les traités de commerce et les conventions d'établissement. En effet, l'octroi unilatéral du traitement de la nation la plus favorisée dans des traités de ce genre en ferait des traités manifestement inégaux, et peut-être même entachés de nullité. On peut également souscrire à l'opinion selon laquelle en pareil cas

c'est affaire d'interprétation de l'instrument en question [...] que de rechercher si [...] l'octroi unilatéral du traitement de la nation la plus favorisée doit avoir force obligatoire. En tout état de cause, elle peut être dénoncée moyennant un préavis raisonnable²⁶.

Une promesse unilatérale, ou plutôt un *pactum de contrahendo* concernant de futurs accords sur l'octroi unilatéral du traitement de la nation la plus favorisée, est stipulée dans l'annexe F (deuxième partie) du Traité relatif à la création de la République de Chypre, signé à Nicosie le 16 août 1962 :

La République de Chypre accordera, par un accord spécifiant les conditions applicables, le traitement de la nation la plus favorisée au Royaume-Uni, à la Grèce et à la Turquie en ce qui concerne tous les accords, quelle que soit leur nature²⁷.

Toutefois, il existe des situations exceptionnelles dans lesquelles, par la nature des choses, une seulement des parties contractantes est en mesure d'offrir le traitement de la nation la plus favorisée dans une « clause

spécialisée de la nation la plus favorisée », moyennant, éventuellement une compensation de nature différente. On peut citer à titre d'exemple le traité du 13 octobre 1909, par lequel la Suisse a accordé unilatéralement le traitement de la nation la plus favorisée à l'Allemagne et à l'Italie en ce qui concerne l'utilisation de la ligne de chemin de fer construite dans le Gothard, en Suisse²⁸. Pareille clause unilatérale peut ainsi se rencontrer dans un traité prévoyant que les navires d'un pays sans littoral bénéficieront du traitement de la nation la plus favorisée dans les ports et rades de l'Etat concédant. L'Etat sans littoral n'étant pas en mesure d'accorder en retour un traitement de même nature, la clause demeure unilatérale ; bien entendu, le même traité peut prévoir une compensation d'un autre ordre contre l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée. C'est ainsi que, aux termes de l'article 11 du Traité de commerce et de navigation entre la République tchécoslovaque et la République démocratique allemande, du 25 novembre 1959, ce dernier Etat a accordé unilatéralement le traitement de la nation la plus favorisée aux « navires de commerce tchécoslovaques ainsi que leur cargaison [...] à l'entrée, à la sortie et pendant leur séjour dans les ports de la République démocratique allemande²⁹ ». La même situation peut se présenter si le traité régleme expressément le commerce et le tarif douanier en ce qui concerne un produit particulier (par exemple les oranges) pour lequel les échanges commerciaux ne se font que dans un seul sens entre les deux parties contractantes.

8) Il va sans dire qu'il est souhaitable que toute définition des clauses de la nation la plus favorisée porte également sur celles qui sont insérées dans les traités multilatéraux. Le sujet examiné par la Commission n'est pas limité aux traités bilatéraux. Traditionnellement, les clauses de la nation la plus favorisée apparaissent dans les traités bilatéraux. Les relations internationales ayant un caractère de plus en plus multilatéral, ces clauses ont fait leur apparition dans les traités multilatéraux³⁰. Parmi les conventions plus récentes

²² Guggenheim, *op. cit.*, p. 207.

²³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 121.

³⁰ Schwarzenberger (*op. cit.*, p. 138) cite les traités suivants comme constituant les premiers exemples de traités multilatéraux comportant des stipulations relatives au traitement de la nation la plus favorisée : Protocole du 11 mars 1877 entre la Grande-Bretagne, l'Espagne et l'Allemagne, concernant l'archipel des Sulu, art. 3 (*Hertslet's Commercial Treaties*, Londres, Butterworth, 1880, vol. XIV, p. 515 et 516) ; Convention du 3 juillet 1880 entre l'Autriche-Hongrie, la Belgique, la Grande-Bretagne, etc., relative à la protection diplomatique au Maroc, art. XVII (*British and Foreign State Papers, 1879-1880*, vol. 71, Londres, H. M. Stationery Office, 1887, p. 644) ; Convention et Statut sur le régime international des ports maritimes, du 9 décembre 1923, art. 2 et 5 (SDN, *Recueil des Traités*, vol. LVIII, p. 301). De même, la Convention d'Ouchy pour l'abaissement des barrières économiques, conclue le 18 juillet 1932 entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, qui était ouverte à tous les Etats, dispose à l'article 5 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à appliquer à leurs échanges réciproques le régime inconditionnel et illimité de la nation la plus favorisée » (M. O. Hudson, *International Legislation*, Washington [D.C.], Carnegie Endowment for International Peace, 1932-1934, vol. VI, p. 98). La dernière convention citée n'est pas entrée en vigueur.

²² Voir *Documents officiels du Conseil économique et social, trentième session, Supplément n° 4 (E/3333)*, annexe II. Voir aussi *Annuaire de la Commission du droit international, 1970*, vol. II, p. 239 et 240, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 161.

²³ Voir ci-dessous par. 13.

²⁴ *Annuaire de la Commission du droit international, 1968*, vol. II, p. 170, doc. A/CN.4/L.127, par. 8.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 138.

²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 382, p. 145.

figurent l'Accord du GATT, le Traité de Montevideo, la Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)³¹, et la Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)³². Il convient à cet égard de mentionner l'importante étude récemment entreprise par l'Institut de droit international sur la clause de la nation la plus favorisée dans les traités multilatéraux³³.

9) Le paragraphe 2 de l'article 2 vise simplement à compléter le paragraphe 1, et à clarifier la situation dans les cas où, comme c'est l'usage, l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée est assumée réciproquement par les Etats contractants.

10) Au paragraphe 1 de l'article 3, on aurait pu utiliser l'adjectif « égales » pour préciser la nature du lien existant entre les conditions du traitement dont jouit tout Etat tiers et celles promises par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire. Toutefois, le terme « égales » ne convient pas exactement. Il n'est certainement pas aussi rigide qu'« identiques » ni aussi vague qu'« analogues », arguments qui sont en sa faveur. Mais diverses considérations peuvent jouer contre lui : le traitement de la nation la plus favorisée n'exclut pas la faculté pour l'Etat concédant d'accorder à l'Etat bénéficiaire des avantages plus importants que ceux qui sont octroyés à l'Etat tiers le plus favorisé. En d'autres termes, si le traitement de la nation la plus favorisée exclut l'octroi d'un traitement préférentiel à des Etats tiers par l'Etat concédant, il est parfaitement compatible avec l'octroi, par ce même Etat, d'un traitement préférentiel à l'Etat bénéficiaire³⁴. C'est pourquoi, au lieu de qualifier les conditions du traitement dû à l'Etat bénéficiaire conformément à une clause de la nation la plus favorisée comme étant « égales » à celles du traitement accordé à l'Etat tiers, on a jugé que l'expression « non moins favorables » était plus appropriée.

11) Nonobstant les considérations qui précèdent, certains arguments militent en faveur de l'emploi du mot « égales ». Bien qu'il soit exact que le bénéficiaire peut se voir accorder un traitement supérieur à celui dont bénéficie l'Etat tiers le plus favorisé, il s'agit là d'une éventualité plutôt éloignée et plus théorique que pratique. En revanche, l'« égalité de traitement » semble particulièrement concerner l'application de la clause de la nation la plus favorisée. On a soutenu que la clause est l'expression du principe de l'égalité de traitement en matière de commerce extérieur en même temps qu'elle en est l'instrument, et que c'est un moyen pour atteindre une fin : l'application de la règle de l'égalité de traitement dans les relations commerciales³⁵. Nous avançons l'idée que cette caractéristique de la clause n'est pas limitée au seul champ des relations commerciales.

12. En fait, la CIJ a estimé que cet aspect de la clause avait un caractère général, et précisé que les clauses

de la nation la plus favorisée ont pour objet « d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés³⁶ ». De même, un ancien président de la Commission du droit international a précisé que

Elle consiste donc fondamentalement à généraliser les avantages que l'une des parties contractantes concéderait, soit généralement, soit dans certains rapports particuliers, à un Etat tiers. Par là, elle constitue un moyen important en vue d'atteindre le but visé par l'Article premier, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies, à savoir de « développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples »³⁷.

13. Une autre autorité nous met en garde contre la tentation d'assimiler le principe de la nation la plus favorisée à celui de la non-discrimination. Ce dernier a un caractère beaucoup plus général et régit les relations politiques, économiques, culturelles et autres entre les Etats. Le principe de la nation la plus favorisée est surtout limité aux relations économiques, et notamment à celles pour lesquelles il a fait l'objet d'une stipulation conventionnelle. Cela signifie que les Etats peuvent attendre de leurs partenaires un traitement égal dans leurs relations internationales, dans le cadre d'un régime général non discriminatoire. Dans le régime de la nation la plus favorisée, le bénéfice des conditions les plus avantageuses ne peut être revendiqué qu'en invoquant les obligations conventionnelles appropriées. L'existence de ces deux catégories de régimes est parfaitement illustrée par le système de tarifs douaniers qui applique des tarifs plus bas aux importations en provenance d'Etats bénéficiant du traitement de la nation la plus favorisée et des tarifs plus élevés aux importations en provenance de tous les autres Etats³⁸. A ce propos, la Commission du droit international a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le caractère général du principe de la non-discrimination. Elle a déclaré que la règle de la non-discrimination « est une règle générale qui découle de l'égalité entre les Etats³⁹ », et que la non-discrimination est « une règle générale qui découle de l'égalité souveraine des Etats⁴⁰ ».

14. Du fait de la nature particulière de la clause de la nation la plus favorisée (et notamment de sa forme inconditionnelle), elle a été largement et peut-être même universellement considérée comme la base sur laquelle devraient se faire les échanges internationaux. Cette idée est exprimée dans le huitième principe général

³⁶ Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, Arrêt du 27 août 1952 : *C.I.J. Recueil 1952*, p. 192.

³⁷ Deuxième rapport sur les relations et immunités consulaires, par M. Jaroslav Žourek, rapporteur spécial. Voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1960*, vol. II, p. 18, doc. A/CN.4/131, deuxième partie, par. 3.

³⁸ E. Usenko, *op. cit.*, p. 238 (éd. allemande, p. 200).

³⁹ *Annuaire de la Commission du droit international, 1958*, vol. II, p. 108, doc. A/3859, chap. III, projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, commentaire de l'article 44.

⁴⁰ *Ibid.*, 1961, vol. II, p. 133, doc. A/4843, chap. II, projet d'articles relatifs aux relations consulaires, commentaire de l'article 70.

³¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 137.

³² *Ibid.*, vol. 360, p. 117. Voir cependant par. 26 ci-dessous.

³³ *Annuaire de l'Institut de droit international, 1969*, Bâle, vol. 53, 1969, t. I, p. 1 à 292 (P. Pescatore, rapporteur).

³⁴ Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 129.

³⁵ Voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1970*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 55.

adopté à la première session de la CNUCED⁴¹. Toutefois, une restriction très importante a été énoncée dans le texte du principe général lui-même et expliquée ailleurs dans les termes suivants :

L'application de la clause de la nation la plus favorisée à tous les pays indépendamment de leur niveau de développement répondrait aux exigences d'une égalité formelle, mais comporterait, en fait, une discrimination implicite à l'égard des membres les plus faibles de la communauté internationale. Cela ne signifie pas qu'il faille rejeter définitivement la clause de la nation la plus favorisée. [...] La reconnaissance des besoins des pays en voie de développement en matière de commerce et de développement exige que, durant un certain temps, la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas à certains types de relations commerciales internationales⁴².

Ces problèmes ne feront pas ici l'objet de plus amples développements⁴³. Nous nous proposons d'y revenir lorsque nous aborderons les exceptions éventuelles à la clause, sans toutefois entrer dans le détail de la question. Ils ne concernent pas tant en effet les aspects juridiques de la clause que la vaste question de l'organisation du commerce international. En abordant ces problèmes avec circonspection, nous nous conformons, pensons-nous, au désir de la Commission de « faire la lumière sur la portée et l'effet de la clause en tant qu'institution juridique [...] sans toutefois empiéter sur les domaines extérieurs à ses fonctions [de la Commission] »⁴⁴.

15. Dans certaines définitions du traitement de la nation la plus favorisée, on insiste sur le fait que celui-ci doit être égal, ou qu'il ne doit pas être inférieur, à celui qui « a été ou sera octroyé à l'avenir » à tout Etat tiers. Cela est parfaitement exact, mais le texte proposé au paragraphe 1 de l'article 3 emploie de préférence le verbe « accordé », l'idée étant qu'il couvre ainsi la même notion sans pour autant alourdir le libellé.

16. La mention de « tout Etat tiers » qui figure au paragraphe 1 de l'article 3 s'entend sans préjudice de toutes les exceptions dont pourront convenir les Etats contractants. Le problème des exceptions sera traité ultérieurement.

17. Le paragraphe 1 de l'article 3 stipule que le traitement de la nation la plus favorisée est limité à « un domaine défini des relations internationales en ce qui concerne des personnes ou des choses déterminées ». A

première vue, cela semble être en contradiction avec l'idée selon laquelle la clause de la nation la plus favorisée ne doit pas nécessairement être, comme c'est surtout le cas, une clause dite « spécialisée », c'est-à-dire une clause qui délimite clairement son champ d'application (par exemple le commerce, la navigation, l'établissement, etc.) et son objet (par exemple les produits importés du pays bénéficiaire, les navires battant son pavillon, les ressortissants dudit pays, etc.), mais peut être également rédigée comme une « clause générale ». Cette dernière a été caractérisée comme une clause dont le champ d'application « n'est limité par aucun des termes de la stipulation »⁴⁵. Il se peut qu'il y ait eu autrefois des clauses qui correspondaient à cette description⁴⁶. Il est évident que même les clauses de ce genre sont limitées par l'objet du traité lui-même (par exemple le commerce, l'établissement, etc.)⁴⁷. Lorsque le Comité économique de la SDN a plaidé en faveur d'une clause illimitée, il l'a fait sous la rubrique « La clause de la nation la plus favorisée en matière douanière », son argumentation reposant surtout sur l'idée qu'« il est nécessaire que la clause [...] s'applique à l'ensemble du tarif des Etats contractants »⁴⁸.

18. Le Rapporteur spécial s'est efforcé de définir les domaines des relations internationales dans lesquels les Etats peuvent convenir du traitement de la nation la plus favorisée — en d'autres termes, de trouver une expression générale pour les domaines dans lesquels les clauses de la nation la plus favorisée peuvent être applicables⁴⁹. « Le commerce est le principal domaine des clauses de la nation la plus favorisée, mais ce terme a été interprété de façon libérale », indique McNair⁵⁰. Certes, le mot « commerce » se rapproche le plus du terme recherché, notamment si on lui donne le sens du mot latin « commercium », qui englobe non seulement le commerce, mais encore les relations, les communications, et toutes sortes de contacts. Toutefois, on a estimé qu'il n'était pas possible de forcer le sens habituel du mot pour y faire figurer tous les domaines des relations internationales dans lesquels des clauses de la nation la plus favorisée ont été incluses dans des traités.

19. A cet égard, il convient de noter que la présente étude n'est pas fondée sur des recherches exhaustives dans des traités contenant des clauses de la nation la plus favorisée. Ces recherches, comparables au combat mené par Laocoon contre les serpents, ont été entre-

⁴¹ Adopté, à la suite d'un vote par appel nominal, par 78 voix contre 11, avec 23 abstentions. *Ibid.*, 1970, vol. II, p. 247, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 188.

⁴² *Ibid.* Citation tirée du mémorandum présenté par la CNUCED en réponse à une lettre circulaire du Secrétaire général. Pour plus de détails sur les opinions de la CNUCED quant au rôle joué par la clause de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre pays développés et pays en voie de développement, voir *ibid.*, p. 254 à 256, doc. A/CN.4/228 et Add.1, annexe I.

⁴³ Pour une étude érudite des problèmes commerciaux des pays en voie de développement, voir K. Hyder (Hasan), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haye, Nijhoff, 1968. Voir aussi H. Gros Espiell, « The most-favoured-nation clause : its present significance in GATT », *Journal of World Trade Law*, Twickenham, vol. 5, n° 1 (janv.-févr. 1971), p. 29.

⁴⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II, p. 244, doc. A/7610/Rev.1, par. 87.

⁴⁵ Basdevant, *op. cit.*, p. 474, par. 34.

⁴⁶ C'est ainsi que le *Dictionnaire diplomatique* de l'Académie diplomatique internationale (publié sous la direction de A.-F. Frangulis, Paris, 1933, vol. I) cite à la page 470 la disposition ci-après, tirée d'un traité de 1881 conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la Serbie :

« De même, tout avantage ou immunité qui sera ultérieurement accordé à une tierce puissance sera immédiatement, inconditionnellement et *ipso facto*, accordé à l'autre partie contractante. »

⁴⁷ « L'objet de la clause se confond ici avec celui du traité qui la contient » (P. Level, *op. cit.*, p. 333, par. 6).

⁴⁸ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II, p. 183, doc. A/CN.4/213, annexe I.

⁴⁹ *Ibid.*, 1968, vol. II, p. 171, doc. A/CN.4/L.127, sect. VII.

⁵⁰ McNair, *op. cit.*, p. 273.

prises par R. C. Snyder en ce qui concerne 600 traités économiques publiés dans le *Recueil des Traités* de la SDN⁵¹. Selon Pescatore, « si l'on fait abstraction des accords conclus dans le cadre du GATT, on ne peut dénombrer dans le Recueil des Nations Unies qu'une trentaine de traités internationaux comportant la c.n.p.f. [clause de la nation la plus favorisée]⁵² ». Admettant que tous les traités ne sont pas nécessairement enregistrés auprès du Secrétariat de l'ONU, Pescatore attribue cette diminution du nombre de ces traités au fait que les Etats parties à l'Accord du GATT n'ont pas besoin de conclure des accords bilatéraux sur le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les tarifs douaniers existant entre eux. Il semble au Rapporteur spécial que 30 soit une estimation très faible. Quoi qu'il en soit, le nombre des traités publiés dans le *Recueil des Traités* de l'ONU qui contiennent la clause de la nation la plus favorisée n'est qu'une fraction de celui qui a été mentionné ci-dessus à propos du *Recueil* de la SDN, et il s'ensuit que ce nombre plus faible se prêterait plus aisément à des travaux de classification et de recherche. Nous pensons que le *Recueil des Traités* des Nations Unies donne une idée essentiellement fidèle des relations conventionnelles entre Etats et que l'on peut faire crédit aux conclusions tirées de son examen.

20. Les domaines d'application de la clause sont extrêmement divers. Le commerce et en particulier les questions douanières sont ceux dans lesquels la clause trouve son application la plus fréquente. Certains traités comportent une clause dite « clause générale » stipulant le traitement de la nation la plus favorisée « pour tout ce qui concerne le commerce, la navigation maritime et toutes autres formes de relations économiques⁵³ ». En ce qui concerne les questions douanières, la « clause générale » énoncée au paragraphe 1 de l'article I^{er} de l'Accord du GATT constitue l'exemple le plus connu⁵⁴. Il arrive que les clauses régissant ces questions soient rédigées sous une forme négative et promettent non pas le traitement « le plus favorable », mais le traitement « le moins défavorable ». C'est ainsi par exemple que l'article 4 du traité entre la Tchécoslovaquie et la République démocratique allemande cité ci-dessus dispose notamment :

[...] les produits du sol et de l'industrie d'une partie contractante ne seront pas soumis, lors de leur entrée sur le territoire de l'autre partie, à des droits, taxes ou impositions autres ou plus élevés, ni à des règlements autres ou à des formalités plus rigoureuses, que ceux auxquels sont soumis les produits similaires du sol et de l'industrie de n'importe quel Etat tiers.

21. Les transports en général, et tout particulièrement la navigation maritime, comptent également parmi les

domaines importants d'application de la clause. Les articles 2 et 5 de la Convention et Statut sur le régime international des ports maritimes, du 9 décembre 1923⁵⁵, garantissent aux navires des Etats contractants, dans les ports des Etats cosignataires, le traitement national ainsi que le traitement de la nation la plus favorisée. Le même traitement devrait s'appliquer aux navires des Etats sans littoral en ce qui concerne l'accès aux ports maritimes et l'utilisation des ports des Etats situés entre la mer et l'Etat dépourvu de littoral, conformément au troisième principe énoncé dans le préambule de la Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral, du 8 juillet 1965⁵⁶. Le « transport de marchandises, de passagers et de bagages par voie terrestre ou fluviale ainsi que par voie ferrée » peut également faire l'objet d'une stipulation de la nation la plus favorisée, comme celle qui figure dans le traité entre la Tchécoslovaquie et la République démocratique allemande, « pour toutes les questions concernant l'acceptation en vue du transport, les modalités et les frais de transport ainsi que les droits afférents au transport » (art. 15).

22. En ce qui concerne le traitement accordé aux étrangers, le Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la République du Nicaragua⁵⁷ a été cité par un auteur français⁵⁸ comme illustrant la diversité des situations auxquelles sont appliquées les clauses de la nation la plus favorisée et, partant, l'ingéniosité avec laquelle ceux qui sont chargés de l'élaboration des traités s'emploient à trouver des domaines se prêtant à l'application de telles clauses. Le traitement de la nation la plus favorisée (souvent conjointement avec le traitement national) est accordé réciproquement par les parties audit traité aux nationaux et aux sociétés de l'autre partie en ce qui concerne l'accès aux tribunaux judiciaires ainsi qu'aux tribunaux et organismes administratifs, à tous les degrés de juridiction, tant pour faire valoir que pour défendre leurs droits (art. V), en ce qui concerne les conditions régissant les perquisitions et les inspections auxquelles peuvent être soumis les habitants, bureaux et autres locaux utilisés par des nationaux ou des sociétés (art. VI, par. 2), en ce qui concerne les conditions d'expropriation des biens ainsi que les conditions applicables à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous contrôle public (art. VI, par. 4 et 5), en ce qui concerne le droit de se consacrer à des activités scientifiques, éducatives, religieuses et philanthropiques (art. VIII), en ce qui concerne les droits relatifs aux marques de fabrique, noms commerciaux, appellations commerciales, et toutes autres formes de propriété industrielle (art. X), en ce qui concerne les paiements, remises et transferts de fonds ou les instruments constatant une opération financière (art. XII), pour ce qui est des voyageurs de commerce, à leur entrée et pendant

⁵¹ R. C. Snyder, *op. cit.*

⁵² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 53 (1969), t. 1, p. 16.

⁵³ Traité de commerce et de navigation entre la République tchécoslovaque et la République démocratique allemande, signé à Berlin le 25 novembre 1959 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 101), art. 2.

⁵⁴ Pour le texte du paragraphe et les explications s'y rapportant, voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 236, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 144.

⁵⁵ Pour référence, voir ci-dessus note 30.

⁵⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 597, p. 3.

⁵⁷ *Ibid.*, vol. 367, p. 3.

⁵⁸ E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. 29, note 7.

leur séjour sur les territoires de l'autre partie ainsi qu'à leur sortie desdits territoires, en ce qui concerne les questions de douane, y compris les impôts et taxes qui leur sont applicables personnellement ainsi que les règlements relatifs à l'exercice de leur profession (art. XIII).

23. Certains traités stipulent le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne le service militaire des étrangers. C'est ainsi par exemple que le Japon et la Yougoslavie, par leur Traité de commerce et de navigation du 28 février 1959, sont convenus que

En ce qui concerne l'exemption [...] de tout service militaire et de tout service dans la garde ou milice nationale ainsi que de tous impôts ou charges militaires en tenant lieu] ainsi que tous les emprunts de guerre forcés, toute exaction ou réquisition militaire ou le cantonnement obligatoire, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux ressortissants d'un pays tiers⁵⁹.

24. En ce qui concerne l'application des clauses de la nation la plus favorisée aux droits d'auteur et, dans certains cas, aux droits sur la propriété industrielle, l'auteur d'un ouvrage fort utile publié récemment⁶⁰ énumère 28 traités comportant des clauses de ce genre. Sur ce nombre, 11 traités remontent au XIX^e siècle et 17 sont contemporains, le plus récent datant de l'année 1937. L'étude de ces traités donne des résultats intéressants, en particulier lorsqu'on les compare avec les traités multilatéraux conclus dans ce domaine.

25. En ce qui concerne les clauses de la nation la plus favorisée qui sont énoncées dans des traités concernant les relations et immunités consulaires, l'étude de M. Žourek⁶¹ constitue une source utile d'informations.

26. Dans le domaine du traitement accordé aux étrangers, les clauses qui figurent dans la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951⁶², et celles qui sont énoncées dans la Convention relative au statut des apatrides, de 1954 (dont le texte s'inspire largement de la première), méritent une attention particulière. Dans la première convention, les Etats contractants accordent à tout réfugié « un traitement aussi favorable que possible et de toute façon un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en général en ce qui concerne l'acquisition de la propriété mobilière et immobilière et autres droits s'y rapportant, le louage et les autres contrats relatifs à la propriété mobilière et immobilière » (art. 13)⁶³. Les réfugiés se voient accorder « le traitement le plus favorable accordé aux ressortissants d'un pays étranger » en ce qui concerne les associations à but non politique et non lucratif et les syndicats professionnels (art. 15)⁶⁴ et en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle salariée (art. 17).

Les réfugiés jouissent d'un « traitement [...] non moins favorable que celui accordé dans les mêmes circonstances aux étrangers en général, en ce qui concerne l'exercice d'une profession non salariée dans l'agriculture, l'industrie, l'artisanat et le commerce, ainsi que la création de sociétés commerciales et industrielles » (art. 18)⁶⁵, en ce qui concerne l'exercice d'une profession libérale par les personnes titulaires de diplômes reconnus par l'Etat d'accueil (art. 19), en ce qui concerne « le logement [...], dans la mesure où cette question tombe sous le coup des lois et règlements ou est soumise au contrôle des autorités publiques » (art. 21), et enfin « quant aux catégories d'enseignement autre que l'enseignement primaire et notamment en ce qui concerne l'accès aux études, la reconnaissance de certificats d'études, de diplômes et de titres universitaires délivrés à l'étranger, la remise des droits et taxes et l'attribution de bourses d'études » (art. 22)⁶⁶. La caractéristique essentielle de ces clauses réside non pas dans l'énumération des domaines dans lesquels le traitement en question doit être accordé aux réfugiés et aux apatrides, respectivement, mais dans la construction de ces clauses. Le bénéficiaire n'en est pas un Etat particulier auquel la personne en question se trouve appartenir grâce aux liens de la nationalité, mais tous les Etats ayant des relations conventionnelles avec l'Etat concédant. Le *tertium comparationis*, à savoir le traitement réservé au bénéficiaire de la clause, est non pas le traitement qui est accordé à un Etat tiers (à l'exception des articles 15 et 17, qui font mention des *ressortissants d'un pays étranger*), mais celui qui est accordé aux *personnes étrangères*, lesquelles ne sont pas tenues d'être ressortissants d'un pays quelconque (pour le cas où les personnes en question seraient apatrides). Par conséquent, ces clauses ne sont pas régies par la définition donnée dans l'article 2, si cette définition est interprétée au sens strict.

Article 4. — *Fondement juridique du traitement de la nation la plus favorisée*

Un Etat ne peut réclamer à un autre Etat le traitement de la nation la plus favorisée qu'en se fondant sur l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée en vigueur entre les deux Etats.

COMMENTAIRE

1. Il s'agit là d'une règle généralement admise et bien établie⁶⁷. Tandis que l'article 2 dispose qu'il n'y a pas de clause de la nation la plus favorisée sans promesse de traitement de la nation la plus favorisée, la règle énoncée à l'article 4 signifie que les Etats ne sont pas fondés à réclamer l'octroi du traitement de la nation

⁵⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 341, p. 183.

⁶⁰ F. Majoros, *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*, Paris, Pédone, 1971.

⁶¹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, p. 17 à 23, doc. A/CN.4/131, 2^e partie.

⁶² Pour référence, voir ci-dessus note 31.

⁶³ C'est le Rapporteur spécial qui souligne.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Les articles correspondants de la Convention relative au statut des apatrides [pour référence, v. ci-dessus note 32] portent les mêmes numéros.

⁶⁷ Usenko, *op. cit.*, p. 238 (éd. allemande, p. 200) ; Vignes, *op. cit.*, p. 224 ; Sauvignon, *op. cit.*, p. 2 ; K. Hyder, *op. cit.*, p. 33.

la plus favorisée s'ils n'y ont pas droit en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée.

2. La question de savoir si un Etat peut réclamer à un autre Etat l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée comme un droit a été débattue au sein du Comité économique de la SDN, mais uniquement à propos des tarifs douaniers. Le Comité économique n'a pas abouti à un accord en la matière, sauf à déclarer que « l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée doit être la norme ⁶⁸ ». S'il est vrai que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée est fréquemment prévu dans les traités de commerce, rien ne permet d'affirmer que cette pratique soit devenue une règle du droit international coutumier. En conséquence, les traités constituent l'unique fondement de l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée ⁶⁹.

3. Dans les domaines autres que celui du commerce, la question de savoir si un Etat peut réclamer à un autre Etat l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée en l'absence d'une stipulation conventionnelle à cet effet n'a jamais été soulevée.

4. Une question d'un autre ordre (et dont la portée va au-delà de celle dont traite l'article) est la question de savoir si, en vertu de la règle générale de la non-discrimination, les Etats ne sont pas tenus de traiter tous leurs partenaires sur un pied d'égalité — ou, en d'autres termes, si un Etat qui octroie le traitement de la nation la plus favorisée à la plupart de ses partenaires dans un domaine donné et qui refuse de conclure des accords analogues avec certains autres ne violerait pas ce faisant les obligations internationales qui lui incombent en vertu de l'interdiction générale de discrimination ⁷⁰.

Article 5. — Origine du droit de l'Etat bénéficiaire

Le droit de l'Etat bénéficiaire de revendiquer les avantages accordés par l'Etat concédant à un Etat tiers en vertu d'un traité collatéral ou par un acte autonome découle de la clause de la nation la plus favorisée : le traité qui contient ladite clause crée le lien juridique entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire.

COMMENTAIRE

1. Lorsqu'il n'existe pas de traité collatéral entre l'Etat concédant et l'Etat tiers et que l'Etat bénéficiaire demande à l'Etat concédant des avantages que ce dernier a accordés à l'Etat tiers par un acte législatif autonome ou simplement dans la pratique, la vérité de ce qui est énoncé à l'article 5 est évidente. Comme il n'existe entre les parties aucun autre traité que le traité contenant la clause de la nation la plus favorisée, le droit de l'Etat bénéficiaire de revendiquer les avantages

accordés à l'Etat tiers par l'Etat concédant ne peut avoir son origine que dans ledit traité, c'est-à-dire dans celle de ses dispositions qui confère à l'Etat bénéficiaire le droit au traitement de la nation la plus favorisée.

2. Il n'y a de problème que dans les cas où est entré en vigueur entre l'Etat concédant et un Etat tiers un traité (traité collatéral) qui accorde certains droits à l'Etat tiers, droits que l'Etat bénéficiaire est automatiquement fondé à revendiquer sur la base de la clause de la nation la plus favorisée. Dans des cas de ce genre, deux traités coexistent entre les trois parties, et la question peut se poser de savoir lequel des deux traités donne naissance au droit de l'Etat bénéficiaire d'exiger de l'Etat concédant les avantages qu'il a accordés à l'Etat tiers.

3. Deux thèses opposées se sont affrontées sur cette question devant la CIJ et en son sein dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company (arrêt de 1952). Selon l'une des thèses (soutenue du côté britannique),

Une clause de la nation la plus favorisée est, par essence même, une clause qui n'a pas de substance ; c'est une clause contingente. Si le pays qui accorde le traitement de la nation la plus favorisée n'a aucune relation conventionnelle avec un Etat tiers, la clause de la nation la plus favorisée reste dépourvue de substance. Elle n'acquiert sa substance que lorsque l'Etat concédant entre en relations avec un Etat tiers, et celle-ci s'accroît chaque fois que de nouveaux avantages sont accordés à des Etats tiers [...] ⁷¹.

Selon la thèse opposée (soutenue du côté iranien), la clause de la nation la plus favorisée

[...] comporte un engagement dont l'objet est réel. Sans doute n'est-il pas déterminé et sera-t-il susceptible de changer de volume suivant les traités conclus ultérieurement, mais cela suffit à le rendre déterminable. Le rôle des traités ultérieurs n'est donc pas de donner naissance à des obligations nouvelles à l'égard de l'Etat bénéficiaire de la clause, mais de modifier l'étendue de l'obligation ancienne. Celle-ci n'en demeure pas moins la racine du droit, la source du droit, l'origine du droit [...] ⁷².

4. La majorité des membres de la CIJ ont — comme on le sait — souscrit à la thèse iranienne. La Cour s'est exprimée comme suit :

Le traité contenant la clause de la nation la plus favorisée est le traité de base... C'est là le traité qui établit le lien juridique entre le Royaume-Uni [c'est-à-dire l'Etat bénéficiaire] et un traité avec un Etat tiers, et qui confère au Royaume-Uni les droits dont jouit l'Etat tiers. Un traité avec un Etat tiers, indépendamment et isolément du traité de base, ne peut produire aucun effet juridique entre le Royaume-Uni [l'Etat bénéficiaire] et l'Iran [l'Etat concédant] : il est *res inter alios acta* ⁷³.

5. La thèse de la minorité a été exposée avec vigueur dans l'opinion dissidente du juge Hackworth, qui estimait que les clauses en question

visaient des droits *in futuro*. Il s'agissait d'un droit de réclamer quelque chose, mais c'était un commencement de droit.

⁶⁸ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I.

⁶⁹ Voir Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁰ Voir ci-dessus p. 180, par. 13 du commentaire des articles 2 et 3, et *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. I, p. 262, 1036^e séance, par. 69.

⁷¹ Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), *C.I.J. Mémoires*, p. 533.

⁷² *Ibid.*, p. 616.

⁷³ *C.I.J. Recueil* 1952, p. 109.

Ce droit ne pouvait se rattacher à rien, jusqu'au moment où certains avantages seraient accordés à des ressortissants d'un autre Etat... [...] [Ce] nouveau droit — fondé sur les principes du droit international — a pris naissance, non en vertu des traités antérieurs considérés isolément ou même à titre principal, mais en vertu de ces traités, auxquels s'ajoutaient les nouveaux traités qui leur donnèrent la vitalité nécessaire. Le nouveau traité est, en droit comme en fait, la source des droits nouvellement acquis [...]. C'est le traité postérieur, et non la clause de la nation la plus favorisée, qui comporte l'assurance qu'on cherche à invoquer⁷⁴.

6. Le juge Levi Carneiro a exposé le même point de vue. Le passage pertinent de son opinion dissidente se lit comme suit :

Le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée est bien connu. Elle n'agit pas seule, par elle-même ; éventuellement, elle agit sur le traité ultérieur qui concède quelque avantage à une autre nation et rend, tout de suite, extensif à la nation favorisée ce même avantage.

Ainsi, l'effet de cette clause est, comme l'a dit Visser, complémentaire (Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, p. 36). Elle ne donne, par elle-même, aucun droit ; elle ne peut pas avoir d'application et rester inutile. Or, les droits ou avantages concédés à un tiers Etat n'existent pas, ni pour cet Etat même, ni pour l'Etat favorisé, avant la concession expresse. Aussi, les droits ou avantages ne subsistent pas pour l'Etat favorisé si la concession faite à un autre Etat vient à être abrogée (Raphaël A. Farra, *Les effets de la clause*, etc., p. 67 ; Josef Ebner, *La clause de la nation*, etc., p. 149-150 ; Marcel Sibert, *Traité de droit international public*, II, p. 255). C'est-à-dire que la clause ne produit aucun effet permanent — mais seulement contingent, tant qu'il y a un autre traité dont elle amplifie la portée.

Oppenheim la considère comme une règle de droit, « mais une règle de droit dont le contenu est incertain, parce qu'il dépend d'un événement futur, c'est-à-dire des concessions qui seront accordées aux Etats tiers » (*La clause de la nation*, etc., p. 26). La clause est seulement une garantie conditionnelle de concession future, une promesse ou un engagement à concéder à un Etat, ou à ses ressortissants, les mêmes avantages accordés, ou qui viendraient à être accordés, à d'autres Etats et aux ressortissants d'autres Etats⁷⁵.

7. L'effet contingent de la clause est indubitable et n'est contesté par personne, mais les conclusions auxquelles sont arrivés les juges dissidents ne semblent pas avoir été acceptées par les spécialistes. Les ouvrages traitant de la question paraissent unanimes à approuver les conclusions de la majorité des membres de la CIJ⁷⁶.

8. La solution donnée dans l'arrêt de la CIJ paraît conforme aux règles du droit des traités concernant l'effet des traités sur les Etats non parties à un traité donné.

La thèse selon laquelle le traité avec un Etat tiers (le traité en vertu duquel l'Etat concédant accorde des avantages à un Etat tiers) est à l'origine des droits du bénéficiaire de la clause (un Etat non partie au « traité

avec un Etat tiers ») est en contradiction avec la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ainsi qu'il est expliqué au paragraphe 7 du commentaire de la Commission relatif à l'article 32 du projet de 1966 (devenu l'article 36 de la convention après quelques modifications de forme d'importance secondaire) :

Le paragraphe 1 dispose qu'un droit peut découler pour un Etat d'une disposition d'un traité auquel il n'est pas partie, sous réserve de deux conditions. Premièrement, il faut que les parties entendent, par cette disposition, accorder ce droit soit à cet Etat ou à un groupe d'Etats auquel il appartient, soit à tous les Etats. *L'intention d'accorder le droit revêt une importance capitale*, car ce n'est que lorsque les parties ont cette intention qu'il peut résulter de la disposition un droit véritable et non pas un simple avantage⁷⁷.

Il semble évident que les parties à un « traité avec un Etat tiers » n'ont pas cette intention. Elles peuvent se rendre compte que leur accord peut avoir un effet indirect par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée (au profit de l'Etat bénéficiaire de ladite clause), mais elles ne cherchent jamais intentionnellement à atteindre cet effet accessoire. Il s'ensuit que le droit de l'Etat bénéficiaire à un certain traitement avantageux ne découle pas du traité conclu entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, et que la disposition de l'article 36 de la Convention de 1969 n'est pas applicable à ce traité. Par conséquent, l'Etat bénéficiaire ne peut fonder sa revendication à l'égard de l'Etat concédant que sur le traité contenant la clause⁷⁸.

9. C'est à la même conclusion qu'est parvenu Sibert, bien avant l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company. Il explique la situation de la manière suivante :

[...] on voit, en fin de compte, les effets d'un traité entre un Etat (Etat C) et l'un des stipulants de la clause (Etat A) profiter à l'autre Etat signataire de la clause, l'Etat B, lequel est un tiers vis-à-vis de A et de C. — N'y aurait-il pas là atteinte au principe d'après lequel les traités ne produisent leurs conséquences qu'entre parties contractantes? — L'admettre constituerait une erreur grave. Appliquons l'hypothèse : si les avantages concédés à l'Etat C par l'un des stipulants de la clause, l'Etat A, sont étendus à l'autre bénéficiaire de cette clause, l'Etat B, ce n'est pas du tout parce que les volontés concordantes de l'Etat C et de l'Etat A ont entendu qu'il en fût ainsi. Les volontés concordantes de C et de A se sont bornées à établir un certain régime valable pour les seuls rapports de C et de A. Par contre, vis-à-vis de l'Etat B et de l'Etat A, signataires de la clause, l'accord par lequel A a concédé à C certains avantages n'est rien de plus qu'un acte-condition. La survenance de cet acte-condition est l'élément — et n'est que l'élément — grâce auquel il pourra être donné efficacité aux volontés librement échangées entre les deux signataires de la clause, l'Etat A et l'Etat B [...]; si l'acte-condition se réalise, la convention entre A et B sortira ses conséquences : B bénéficiera des faveurs accordées à C, mais uniquement parce que telle aura été la volonté commune de A et de B. L'accord entre A et C qui crée des

⁷⁴ *Ibid.*, p. 140 et 141.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 157 et 158.

⁷⁶ Voir p. ex. P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 208 et 209 ; E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 80 ; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3^e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. 1, p. 243.

⁷⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 249, doc. A/6309/Rev.1, deuxième partie, chap. II. [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]

⁷⁸ E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 82.

obligations dans leurs rapports mutuels n'en crée pas dans les relations de A avec B ⁷⁹.

10. Le Rapporteur spécial, qui avait été invité à examiner attentivement le point en question ⁸⁰, estime que

⁷⁹ M. Sibert, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, vol. II, p. 254 et 255.

les raisons exposées dans le présent commentaire suffisent à justifier sa proposition d'adopter l'article 5 proposé.

⁸⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 192, 976^e séance, par. 12.