

Document:-  
**A/CN.4/266**

**Quatrième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor,  
Rapporteur spécial - Projet d'articles (articles 6 à 8), accompagné de  
commentaires (suite)**

sujet:  
**Clause de la nation la plus favorisée**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1973, vol. II**

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

# CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/266

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

*Projet d'articles, accompagné de commentaires (suite\*)*

[Texte original en anglais]  
[7 mars 1973]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Liste des abréviations</i> . . . . .	95
Article 6. — Présomption en faveur du caractère inconditionnel de la clause . . . . .	96
Commentaire . . . . .	96
Article 7. — La règle <i>ejusdem generis</i> . . . . .	100
Commentaire . . . . .	101
Article 8. — Droits acquis de l'Etat bénéficiaire . . . . .	107
Commentaire . . . . .	107
<i>Annexe.</i> — Résolution adoptée le 10 septembre 1969 par l'Institut de droit international à sa session d'Edimbourg (4-13 septembre 1969) . . . . .	115

---

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

CDI	Commission du droit international
CIJ	Cour internationale de Justice
<i>C.I.J. Mémoires</i>	<i>CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, 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
SDN	Société des Nations

---

\* Pour les projets d'articles 1 à 5, voir le troisième rapport.

**Article 6. — Présomption en faveur du caractère  
inconditionnel de la clause**

Sauf dans les cas appropriés où le traitement de la nation la plus favorisée est appliqué sous condition d'avantages réciproques, la clause de la nation la plus favorisée est inconditionnelle, c'est-à-dire que l'Etat concédant est tenu d'accorder et que l'Etat bénéficiaire a le droit de recevoir le traitement de la nation la plus favorisée qu'il y ait ou non contrepartie aux avantages reconnus par l'Etat concédant à tout Etat tiers.

COMMENTAIRE

1) Les juristes ont souvent exercé leur talent à classer les différents types de clauses. Nous nous contenterons, pour notre part, d'en distinguer trois types fondamentaux: la clause conditionnelle, la clause inconditionnelle, et la clause conditionnelle sous réserve d'avantages réciproques, qui est une variante du premier type.

a) *Clause inconditionnelle et clause conditionnelle*

2) Sur la notion et l'historique de la clause « conditionnelle » de la nation la plus favorisée, le lecteur voudra bien consulter en premier lieu les passages pertinents du document de travail « La clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités », préparé par le Rapporteur spécial<sup>1</sup>, et des premier<sup>2</sup> et deuxième<sup>3</sup> rapports. Les vues du Comité économique de la SDN sont indiquées dans une annexe au premier rapport<sup>4</sup>. Les paragraphes ci-après apportent des explications complémentaires.

3) La différence entre la clause inconditionnelle et la clause conditionnelle, telle qu'elle apparaît dans la pratique suivie par les Etats-Unis d'Amérique jusqu'en 1923, a été mise en évidence par le Département d'Etat en 1940:

Dans les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les traités ou accords commerciaux bilatéraux, chacune des parties s'engage à appliquer aux marchandises de l'autre partie un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde aux marchandises du même type provenant d'un pays tiers. Sous sa forme inconditionnelle, la clause de la nation la plus favorisée prévoit que tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités que l'une des parties peut accorder aux marchandises d'un pays tiers seront étendus immédiatement et sans condition aux marchandises du même type provenant de l'autre partie. Ce n'est que sous cette forme que la clause permet d'assurer un traitement non discriminatoire complet et constant. Lorsque la clause est conditionnelle, l'Etat partie n'est pas tenu d'étendre immédiatement et sans condition aux produits du même type provenant de l'autre partie les avantages qu'il peut accorder aux produits de pays tiers en retour de concessions réciproques; l'Etat partie n'est tenu de consentir ces avantages que si et lorsque l'autre partie octroie des

<sup>1</sup> *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 170 et 171, doc. A/CN.4/L.127, par. 9 et 10.

<sup>2</sup> *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 167 et 168 et 178, doc. A/CN.4/213, par. 25 à 27 et 84.

<sup>3</sup> *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 222 et 223, doc. A/CN.4/228 et Add. 1, par. 51 à 53.

<sup>4</sup> *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I.

concessions « équivalentes » aux concessions faites par les pays tiers en question [...] <sup>5</sup>.

4) En demandant au Sénat d'approuver le changement de politique des Etats-Unis en matière commerciale, le Secrétaire d'Etat Hughes écrivait en 1924:

L'intérêt et le but essentiel des Etats-Unis étaient de réaliser l'égalité de traitement, mais la clause conditionnelle de la nation la plus favorisée ne permettait en fait ni d'assurer ni de garantir cette égalité: elle n'offrait qu'un moyen de négociation pour essayer de l'obtenir. En outre, on s'est aperçu qu'il était difficile, sinon impossible, de définir ce qui pouvait constituer la compensation « équivalente » nécessaire à l'application de la clause conditionnelle. Les arrangements commerciaux réciproques, simples expédients temporaires, étaient cause de négociations permanentes et créaient une situation précaire. Dans l'état actuel des choses, la croissance du commerce extérieur des Etats-Unis exige que l'égalité de traitement soit accompagnée d'une garantie que n'offre pas la forme conditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée.

Tandis que nous continuions à appliquer le principe du traitement conditionnel de la nation la plus favorisée, les pays européens les plus importants sur le plan commercial, comme d'ailleurs la plupart des pays du monde, adoptaient et appliquaient le principe du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée: chaque concession faite par un pays à un autre était accordée du même coup à tous les pays auxquels le pays concédant était tenu par traité d'étendre le traitement de la nation la plus favorisée. [...] Puisque nous demandons aux autres pays de nous garantir qu'ils s'abstiendront de toute pratique discriminatoire à notre égard, nous devons être prêts à leur accorder la même garantie, et l'expérience montre que la seule façon d'obtenir des garanties satisfaisantes à cette fin est de recourir au traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée <sup>6</sup>.

5) En d'autres termes, la clause conditionnelle a servi les objectifs des Etats-Unis tant que leurs importations étaient supérieures à leurs exportations et que leur principal but était de protéger la croissance de leur système industriel. Lorsque la situation des Etats-Unis dans l'économie mondiale s'est transformée, après la première guerre mondiale, la clause conditionnelle a perdu son utilité. La condition essentielle pour réussir à pénétrer sur les marchés internationaux, à savoir l'élimination de la discrimination à l'égard des produits américains, ne pouvait être remplie qu'en adoptant la clause inconditionnelle <sup>7</sup>.

6) Non seulement les Etats-Unis sont passés de l'emploi des clauses conditionnelles à celui des clauses inconditionnelles dans leur politique commerciale et leur pratique en matière de traités commerciaux, mais leur interprétation des clauses conditionnelles restantes a elle aussi évolué. A l'époque de la conclusion du Traité de

<sup>5</sup> Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Bulletin* n° 58, du 3 août 1940, cité dans M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, vol. XIV, p. 751.

<sup>6</sup> G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, vol. V, 1943, p. 273.

<sup>7</sup> 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. 243; et E. T. Ousenko, chapitre sur les traités commerciaux dans: Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava* [Cours de droit international], rédaction générale par F. I. Kojevnikov *et al.*, Moscou, Nauka, 1968, t. IV, p. 251.

1923 entre l'Allemagne et les Etats-Unis, le Secrétaire d'Etat Hughes exposait de la façon suivante la position américaine :

Il y a un malentendu que j'aimerais dissiper. On dira que, par les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans le traité prévu avec l'Allemagne, nous étendrons automatiquement à d'autres pays les privilèges accordés à l'Allemagne, sans obtenir de ces pays les avantages que nous donne le traité avec l'Allemagne. C'est là une erreur. Nous accordons explicitement à l'Allemagne le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée, qu'elle nous octroie de son côté. Mais nous n'accorderons ce traitement aux autres pays que dans la mesure où ceux-ci accepteront de conclure avec nous un traité analogue quant au fond à celui qui va nous lier avec l'Allemagne. Le traitement de la nation la plus favorisée ne peut être accordé aux autres pays qu'en vertu de nos traités avec eux, et ces traités, sous leur forme actuelle, ne prévoient pas ce traitement sous sa forme inconditionnelle. Nous ne pouvons conclure des traités avec tous les pays en même temps, mais, si le Sénat approuve le traité que nous avons négocié avec l'Allemagne, nous nous efforcerons de négocier des traités similaires avec d'autres puissances, et celles-ci n'obtiendront le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée qu'à condition de conclure avec nous des traités analogues à notre traité avec l'Allemagne <sup>8</sup>.

7) Dix ans plus tard, le Secrétaire d'Etat Hull adoptait une position moins rigoureuse, estimant que l'octroi d'un avantage à un pays conformément à une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée revenait à accorder gratuitement cet avantage dans le cadre d'une clause conditionnelle de la nation la plus favorisée, cet avantage étant accordé immédiatement et sans compensation selon les modalités prévues par la clause conditionnelle en question. Conformément à cette interprétation, lorsque les Etats-Unis recherchèrent en 1946 des dérogations aux clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités existants, de façon à pouvoir accorder des préférences tarifaires sur une base de réciprocité à la plupart des produits philippins après l'indépendance des Philippines, ils demandèrent ces dérogations, non seulement aux pays avec lesquels ils avaient conclu des accords contenant des clauses inconditionnelles, mais aussi aux pays auxquels les liaient des accords assortis de clauses conditionnelles <sup>9</sup>.

8) La clause conditionnelle, telle qu'elle a été employée jusqu'en 1923 par les Etats-Unis, a complètement disparu de la scène internationale. Virally explique ainsi ce phénomène :

[...] la suppression de l'automatisme dans la clause de la nation la plus favorisée, prétendument pour mieux assurer la réciprocité, manque son objectif et fait perdre toute utilité à la clause elle-même. Cette constatation ainsi que l'orientation vers l'expansion des échanges qui caractérise la politique commerciale de tous les Etats aujourd'hui expliquent l'abandon général de la clause conditionnelle dans la pratique conventionnelle récente <sup>10</sup>.

9) Etant donné l'abandon de la forme conditionnelle de la clause, celle-ci n'a plus désormais qu'un intérêt historique. Tous les auteurs consultés reconnaissent que

<sup>8</sup> M. Whiteman, *op. cit.*, p. 754.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 753.

<sup>10</sup> M. Virally, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-III*, Leyde, Sijthoff, 1969, t. 122, p. 74.

la forme traditionnelle de la clause est définitivement tombée en désuétude <sup>11</sup>.

#### b) Clause et principe de réciprocité

10) Quand on parle de réciprocité à propos de la clause de la nation la plus favorisée, il faut se rappeler que les clauses de la nation la plus favorisée sont normalement accordées sur une base de réciprocité, c'est-à-dire que les deux parties à un traité bilatéral ou toutes les parties à un traité multilatéral s'accordent mutuellement le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine déterminé. Cette réciprocité formelle est une caractéristique normale de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée — son élément essentiel, pourrait-on dire. A l'époque actuelle, les clauses unilatérales de la nation la plus favorisée ne sont que des exceptions <sup>12</sup>. On trouve des clauses unilatérales assorties d'une réciprocité formelle dans les traités de paix de 1947 conclus par les Puissances alliées et associées avec la Bulgarie (art. 29) <sup>13</sup>, la Hongrie (art. 33) <sup>14</sup>, la Roumanie (art. 31) <sup>15</sup>, la Finlande (art. 30) <sup>16</sup> et l'Italie (art. 82) <sup>17</sup>. On trouve également une clause de ce genre dans le Traité d'Etat portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (art. 29) <sup>18</sup>. La simple stipulation de la réciprocité formelle ne transforme par une clause unilatérale en clause bilatérale (comme l'a fait observer le Rapporteur de l'Institut de droit international <sup>19</sup>). C'est ce que montrent par exemple les dispositions ci-après de l'article 33 du Traité de paix avec la Hongrie :

[...] le Gouvernement hongrois devra [...] accorder à chacune des Nations Unies qui, en fait, accordent par voie de réciprocité un traitement analogue à la Hongrie dans ces domaines le traitement suivant :

a) Pour tout ce qui concerne les droits et redevances [...], les Nations Unies bénéficieront de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée <sup>20</sup>.

Le sens de cette clause est clair : bien que soumis à l'octroi de la réciprocité, le droit des Nations Unies de réclamer le traitement de la nation la plus favorisée restait un droit unilatéral ; cette disposition ne permettait pas à la Hongrie de formuler la même exigence.

<sup>11</sup> R. C. Snyder, *op. cit.*, p. 56. Voir aussi G. Jaenicke, « Meisbegünstigungsklausel », dans K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2<sup>e</sup> éd. [Schlochauer], Berlin, de Gruyter, 1961, vol. II, p. 498 ; P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », *Encyclopédie Dalloz — Droit international*, Paris, Dalloz, 1968, t. I, p. 333, par. 5 ; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. 23.

<sup>12</sup> Voir *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 179, doc. A/CN.4/257 et Add.1, par. 7 du commentaire des articles 2 et 3.

<sup>13</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 41, p. 21.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>15</sup> *Ibid.*, vol. 42, p. 3.

<sup>16</sup> *Ibid.*, vol. 48, p. 203.

<sup>17</sup> *Ibid.*, vol. 49, p. 3.

<sup>18</sup> *Ibid.*, vol. 217, p. 223.

<sup>19</sup> P. Pescatore, « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Bâle, vol. 53, t. I, p. 204, note 3.

<sup>20</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 41, p. 205.

c) *Clause assortie d'avantages réciproques*  
(réciprocité trait pour trait)

11) Si l'on peut considérer que la version américaine de la clause conditionnelle a pratiquement disparu, en revanche, la clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques continue à être employée. On remarquera cependant que son utilisation est limitée à certains domaines, tels que les immunités et fonctions consulaires, les questions de droit international privé et les questions généralement réglées par les traités d'établissement.

12) A la vingtième session de la CDI, M. Richard Kearney a fait remarquer que si les Etats-Unis d'Amérique avaient abandonné peu après 1920 le traitement conditionnel de la nation la plus favorisée pour le traitement inconditionnel en matière de relations commerciales, cette évolution ne s'était pas accompagnée d'une évolution semblable dans le domaine des droits et privilèges consulaires, pour lesquels on continuait à utiliser la clause conditionnelle<sup>21</sup>. C'est ce qui ressort par exemple de l'extrait ci-après d'une lettre du 20 janvier 1967 adressée par le Département d'Etat à la Commission des affaires étrangères du Sénat, au sujet d'une disposition de la Convention consulaire avec l'URSS<sup>22</sup>, alors en cours d'examen devant cette commission, qui se rapportait à l'immunité des agents consulaires en matière pénale:

Les Etats-Unis d'Amérique sont partie à trente-cinq accords présentement en vigueur qui leur imposent d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée aux agents consulaires et, dans certains cas, aux employés consulaires des autres Etats parties à ces accords. On trouvera ci-jointe une liste des trente-cinq Etats en question. Une étude récente indique que vingt-sept de ces Etats ont aux Etats-Unis des établissements consulaires, dont le personnel agréé s'élève à quelque 577 personnes. On trouvera également jointe à la présente lettre une liste de ces Etats accompagnée du nombre des agents ou employés consulaires qui représentent chacun d'eux aux Etats-Unis. L'immunité de juridiction pénale qui est prévue à l'article 19 de la Convention consulaire URSS/Etats-Unis s'appliquera aux membres de ce personnel si l'Etat d'envoi en question accepte d'accorder un traitement réciproque aux agents et employés consulaires américains qui y sont en poste. Nous avons demandé à nos ambassades dans ces vingt-sept Etats de nous faire savoir si, à leur avis, le traitement de la nation la plus favorisée serait effectivement demandé sur une base de réciprocité. Les réponses indiquent que onze Etats au plus demanderont probablement ce traitement, ce qui affectera 290 environ de leurs agents et employés consulaires aux Etats-Unis<sup>23</sup>.

Il s'agissait en l'espèce du paragraphe 2 de l'article 19 de la Convention consulaire du 1<sup>er</sup> juin 1964 entre l'URSS et les Etats-Unis, disposition qui est ainsi rédigée:

Les fonctionnaires consulaires et les employés de l'établissement consulaire qui sont ressortissants de l'Etat d'envoi jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de résidence<sup>24</sup>.

13) Les trente-cinq accords auxquels fait allusion la lettre citée ci-dessus, les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans ces traités et la terminologie

<sup>21</sup> Voir *Annuaire... 1968*, vol. I, p. 192, 976<sup>e</sup> séance, par. 8.

<sup>22</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 655, p. 213.

<sup>23</sup> M. Whiteman, *op. cit.*, p. 752 et 753. [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]

<sup>24</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 655, p. 252.

utilisée à cet égard n'ont pu faire l'objet de recherches détaillées. Mais on peut affirmer sans risque d'erreur que la plupart de ces clauses, sinon toutes, ont pour condition l'octroi d'avantages réciproques (que cette réciprocité soit expressément stipulée ou qu'elle découle de l'interprétation des clauses en question). Ce type de clause conditionnelle s'écarte nettement du type de clause conditionnelle habituellement utilisé jusque-là par les Etats-Unis (« gratuitement », « si la concession est gratuite », etc.), et sa persistance ne se limite pas aux traités conclus par ce pays<sup>25</sup> ni aux traités consulaires. M<sup>me</sup> S. Basdevant, dans un article sur la clause<sup>26</sup>, cite des exemples tels que la Convention d'établissement turco-hongroise du 20 décembre 1926 (art. 3)<sup>27</sup> et la Convention turco-finlandaise de commerce et de navigation du 2 juin 1926 (articles 2 et 10 du chapitre 1<sup>er</sup>, relatif à l'établissement)<sup>28</sup>.

14) Un exemple plus récent de ce genre de disposition est fourni par le premier alinéa de l'article 3 de la Convention d'établissement et de navigation entre la Suède et la France, signée à Paris le 16 février 1954<sup>29</sup>:

Sous réserve de l'application de la réciprocité effective, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes résidant sur le territoire de l'autre Partie contractante auront, sur le territoire de l'autre Partie contractante, aux mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée, le droit d'exercer tout commerce et industrie ainsi que tout métier ou profession dont l'exercice n'est pas réservé aux nationaux<sup>30</sup>.

15) On peut trouver un autre exemple récent dans la Convention consulaire entre la Pologne et la Yougoslavie, signée à Belgrade le 17 novembre 1958<sup>31</sup>, dont l'article 46 est ainsi conçu:

Chacune des Parties contractantes s'engage à accorder à l'autre Partie le traitement de la nation la plus favorisée pour tout ce qui aura trait aux privilèges, immunités, droits et attributions des consuls et du personnel consulaire. Toutefois, aucune des Parties contractantes ne pourra invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour revendiquer des privilèges, immunités ou droits autres, ou plus étendus, que ceux qu'elle-même accorde aux consuls et au personnel consulaire de l'autre Partie<sup>32</sup>.

16) La clause conditionnelle sous réserve d'avantages réciproques peut être considérée comme une forme simplifiée de la clause conditionnelle classique<sup>33</sup>.

Selon M<sup>me</sup> A. Piot:

Ce système paraît plus clair et plus pratique que le précédent: en effet, il ne se réfère pas à la contrepartie fournie par l'Etat favorisé, mais vise à la parfaite symétrie des prestations fournies par l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire de la clause. C'est en somme la

<sup>25</sup> Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 173, doc. A/CN.4/213, par. 56 à 58.

<sup>26</sup> S. Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », dans A. G. de Lapradelle et J.-P. Niboyet, *Recueil de droit international*, Paris, Sirey, 1929, t. III, p. 480.

<sup>27</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXXII, p. 245.

<sup>28</sup> *Ibid.*, vol. LXX, p. 329.

<sup>29</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 228, p. 137.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>31</sup> *Ibid.*, vol. 432, p. 267.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>33</sup> Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 173, doc. A/CN.4/213, par. 58.

réciprocité trait pour trait. Celle-ci implique une certaine symétrie des législations. Comme le dit Niboyet: « Cette réciprocité diplomatique a donc une tête internationale, mais deux pieds nationaux. C'est un triptyque. »

...

Du point de vue de la logique pure, c'est assez satisfaisant pour l'esprit, mais cela ne l'est guère dans les faits. En effet, sans parler des difficultés que soulève toujours l'interprétation de la réciprocité, ce système a l'inconvénient de réduire le bienfait, si tant est qu'il existe, de la clause de la nation la plus favorisée sans supprimer les inconvénients qui en résultent pour l'Etat concédant: assurément, l'Etat bénéficiaire ne peut déclencher le jeu de la clause qu'à la condition d'offrir les avantages mêmes qu'il réclame: mais le caractère unilatéral de ce déclenchement aura presque toujours pour conséquence que les prestations réciproques, bien que formellement équivalentes, seront matériellement très différentes [...] <sup>34</sup>.

17) De toute évidence, les auteurs de clauses de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité n'ont pas pour but d'assurer à leurs compatriotes vivant à l'étranger un traitement égal à celui dont bénéficient les ressortissants d'autres pays. (L'égalité avec les concurrents est d'une importance essentielle en matière commerciale, et notamment pour ce qui touche les droits de douane.) Ils ont en vue une égalité d'un genre différent: l'égalité de traitement accordée par les Etats contractants à leurs ressortissants réciproques. D'où l'opinion de Level:

La clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité ne paraît pas être un facteur d'unification et de simplification des relations internationales — ce qui fait perdre à la clause les rares mérites qu'on lui reconnaissait jadis <sup>35</sup>.

#### d) Doctrine

18) Au XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, la doctrine et la pratique internationales étaient divisées quant à l'interprétation d'une clause de la nation la plus favorisée ne précisant pas explicitement son caractère conditionnel ou inconditionnel <sup>36</sup>. Cette division était due à la pratique suivie par les Etats-Unis d'Amérique, qui considéraient systématiquement ces clauses comme conditionnelles, même lorsque leur caractère n'était pas expressément indiqué <sup>37</sup>. On peut faire remonter cette position des Etats-Unis à l'année 1817, date où le Secrétaire d'Etat Adams déclarait:

Le huitième article du traité [Achat de la Louisiane, 30 avril 1803] stipule que les navires français seront traités sur le pied de la nation la plus favorisée dans les ports du territoire cédé; mais il ne dit pas que la France bénéficiera gratuitement de ce qui est concédé aux autres nations en échange d'avantages correspondants, et on ne peut l'interpréter comme ayant ce sens <sup>38</sup>.

19) La position soutenue à l'époque par la Grande-Bretagne et par les autres pays européens était que les

concessions accordées en échange d'avantages réciproques pouvaient à bon droit être réclamées en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée:

[...] Le fondement de la théorie américaine se trouve dans le système anglo-saxon des contrats et dans l'exigence de la réciprocité d'avantages pour la formation du contrat (*consideration*). Mais cette application de la théorie n'est pas justifiée ici, car la nation qui a acquis le traitement égalitaire a payé à l'avance les droits des tiers qu'elle peut acquérir de ce chef, car elle a concédé à l'autre partie contractante le même traitement égalitaire et le droit de celle-ci de recevoir d'elle les avantages des tiers. [...] La recherche des « équivalents » destinés à payer les droits des tiers par voie conventionnelle, imposée aux contractants, équivaut à déclarer qu'en soi la clause de la nation la plus favorisée ne donne absolument rien. Enfin, au point de vue douanier, le système américain aboutit à un système préférentiel basé sur des faveurs accordées à certaines nations et refusées aux autres; les Etats ayant réformé leurs tarifs n'ont plus d'équivalents à offrir <sup>39</sup>.

20) D'après l'Institut de droit international, dans sa résolution de 1936 intitulée « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation »:

La clause de la nation la plus favorisée a, sauf dispositions expresses contraires, le caractère inconditionnel.

En conséquence, la clause confère de plein droit et sans compensation en matière de commerce et de navigation, aux ressortissants, marchandises et navires des pays contractants le régime dont bénéficie tout pays tiers <sup>40</sup>.

D'autres auteurs énoncent la même règle en termes généraux, sans en limiter l'application aux relations commerciales:

La clause de la nation la plus favorisée doit être considérée dans le doute comme inconditionnelle <sup>41</sup>.

De nature à limiter l'application de la clause, la condition ne peut être sous-entendue <sup>42</sup>.

La clause est en principe inconditionnelle. [...] S'il est loisible aux Hautes Parties contractantes de stipuler le caractère conditionnel de la clause, celui-ci n'est pas présumé et n'est donc pas de l'essence de cette dernière [...] <sup>43</sup>.

En l'absence d'une mention expresse que la clause est conditionnelle, on s'accorde [...] pour la considérer comme inconditionnelle <sup>44</sup>.

<sup>39</sup> S. Basdevant, *loc. cit.*, p. 479 et 480, par. 77, citant notamment P. L. E. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1888, t. IV, p. 394.

<sup>40</sup> *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

<sup>41</sup> P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2<sup>e</sup> éd. rev. et augm., Genève, Georg, 1967, t. I, p. 211.

<sup>42</sup> P. Level, *op. cit.*, p. 333, par. 5, citant l'Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique, du 7 septembre 1910, soumise à la Cour permanente d'arbitrage (v. Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI [publication des Nations Unies, numéro de vente: 61.V.4], p. 167); et J. Basdevant, « L'affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIX, 1912, p. 538 et suiv.

<sup>43</sup> P. Level, *op. cit.*, p. 338, par. 35.

<sup>44</sup> D. Vignes, « La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine », *Recueil des cours...*, 1970-II, Leyde, Sijthoff, 1971, t. 130, p. 219, qui cite également à l'appui de cette thèse D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1965,

<sup>34</sup> A. Piot, « La clause de la nation la plus favorisée », *Revue critique de droit international privé*, Paris, vol. 45, n° 1, janv.-mars 1956, p. 9 et 10.

<sup>35</sup> P. Level, *op. cit.*, p. 338, par. 37.

<sup>36</sup> S. Basdevant, *loc. cit.*, p. 479, par. 73.

<sup>37</sup> Voir C. C. Hyde, « Concerning the interpretation of treaties », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 3, n° 1 (janvier 1909), p. 57.

<sup>38</sup> *Ibid.*, note 16. Voir aussi S. Basdevant, *loc. cit.*, p. 479, par. 75, et *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 167, doc. A/CN.4/213, par. 27.

Dans la pratique suivie par l'Union soviétique et les autres pays socialistes en matière de traités commerciaux, la clause de la nation la plus favorisée est toujours utilisée sous sa forme inconditionnelle et gratuite. Ce caractère de la clause est expressément indiqué dans de nombreux traités, mais, même en l'absence de toute disposition expresse à cet effet, les clauses de la nation la plus favorisée sont interprétées comme accordant le traitement de la nation la plus favorisée sans condition et sans compensation. Cette interprétation est confirmée par le fait que les traités en question ne contiennent aucune réserve relative à des contreparties ou à des prestations réciproques<sup>45</sup>.

En principe, les clauses de la nation la plus favorisée doivent s'entendre sans condition [...]. « Ces clauses ont toujours le même sens, que les mots [sans condition] y figurent ou non »<sup>46</sup>.

Le même auteur ajoute :

Cette règle d'interprétation doit cependant être assortie d'une exception, à savoir qu'elle ne peut s'appliquer à l'encontre d'un pays dont chacun sait qu'il a fait du type conditionnel de la clause une partie intégrante de sa politique nationale en matière de traités<sup>47</sup>.

Sur ce point, une thèse plus nuancée a été soutenue devant la CIJ par le représentant des Etats-Unis dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (1952) :

Les Etats-Unis partagent pleinement l'avis selon lequel la signification de la clause doit être déterminée par référence à l'intention des parties à l'époque. La seule divergence qui sépare notre point de vue de celui de nos éminents adversaires est que ces derniers ne considèrent la clause comme conditionnelle que par référence à la pratique suivie par les Etats-Unis pour l'interprétation d'autres traités conclus dans d'autres circonstances, et non en se basant sur les intentions qui étaient respectivement celles des Etats-Unis et du Maroc à l'époque où ils ont signé les traités dont la Cour est aujourd'hui saisie<sup>48</sup>.

L'extrait ci-après d'un mémoire du Conseiller juridique du Département d'Etat (Moore), en date du 8 octobre 1913, est également à relever :

Il faut tenir compte de ce que les clauses dites de la nation la plus favorisée n'appartiennent pas toutes au même type. Deux fois au cours des vingt-cinq dernières années, les Etats-Unis ont été obligés de renoncer à l'interprétation qu'ils en font habituellement, devant la preuve que l'on avait expressément convenu en cours de négociation que la clause aurait l'effet — plus large — réclamé par les autres parties contractantes<sup>49</sup>.

21) La règle proposée dans l'article 6 ne se contente pas d'affirmer le caractère inconditionnel des clauses ne

portant pas d'indication contraire. La façon dont elle est rédigée souligne que, étant donné la complète disparition de la clause conditionnelle classique (type américain), il n'existe plus que deux types de clause de la nation la plus favorisée : la clause inconditionnelle et la clause conditionnelle sous réserve d'avantages réciproques. L'article 6 proposé indique qu'en cas de doute la présomption joue en faveur du caractère inconditionnel de la clause. On pourrait d'ailleurs préciser expressément qu'en matière commerciale (notamment droits de douane, etc.) la clause est toujours inconditionnelle, et qu'en matière de droit international privé (immunités, etc.) la clause peut comporter une stipulation de réciprocité, mais que, en l'absence d'une stipulation de ce genre, la clause est là aussi inconditionnelle. La Commission préférera peut-être un libellé de ce genre. L'expression « les cas appropriés » renvoie dans l'article aux questions relevant du droit international privé, à la caution *judicatum solvi*, aux immunités consulaires, etc.

22) La question se pose de savoir si la présomption s'applique également dans les domaines où le droit national d'un pays donné prescrit en principe la réciprocité. Ainsi, par exemple, l'article 11 du Code civil français dispose que

L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra<sup>50</sup>.

S'appuyant sur cette disposition et sur la jurisprudence des tribunaux français, Guggenheim conclut :

Si une règle de droit interne fait dépendre l'application de la clause de l'octroi de la réciprocité, la clause est considérée comme ayant été accordée conditionnellement<sup>51</sup>.

Selon d'autres, comme par exemple les auteurs de la résolution de 1936 de l'Institut de droit international (par. 2)<sup>52</sup>, ou encore Sauvignon<sup>53</sup>, une disposition de droit national ne saurait prévaloir sur les obligations contractuelles d'un Etat. Cette opinion est largement partagée.

23) La condition de réciprocité figurant dans une clause de la nation la plus favorisée risque de soulever de sérieux problèmes d'interprétation, surtout si les règles pertinentes des pays intéressés diffèrent sur des points importants<sup>54</sup>. Mais cette difficulté est inhérente à la règle proposée et ne change rien à sa validité.

#### Article 7. — La règle « ejusdem generis »

**L'Etat bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée ne peut prétendre à des droits autres que ceux qui se rapportent à la matière de la clause et qui entrent dans le champ d'application de celle-ci.**

(suite de la note 44.)

vol. I, p. 268, et J. Dehaussy, *Juris-classeur de droit international*, fasc. 12-B, *Sources du droit international — Les traités (Effets: Situation des Etats tiers et de leurs ressortissants)*, Paris, Editions techniques, 1959, t. 5, p. 7, par. 15.

<sup>45</sup> Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 251.

<sup>46</sup> G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, p. 137, citant *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, Londres, Ridgway, 1893, p. 796.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Duplique du 26 juillet 1952 (*C.I.J. Mémoires, Affaire du Maroc [France c. E.-U.A.]*, vol. II, p. 318). Pour un extrait plus complet de cette duplique, voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 52.

<sup>49</sup> G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 279.

<sup>50</sup> *Code civil*, Paris, Dalloz, 1972-1973, p. 13.

<sup>51</sup> P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 211 et 212.

<sup>52</sup> Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

<sup>53</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 25.

<sup>54</sup> H. Batiffol, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 213 et 214, n<sup>o</sup> 188.

## COMMENTAIRE

1) La règle *ejusdem generis* est généralement reconnue et affirmée par la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux, comme par la pratique diplomatique. McNair explique la teneur de cette règle par le schéma suivant :

Supposons qu'un traité commercial conclu entre l'Etat A et l'Etat B comporte une clause de la nation la plus favorisée qui permet à l'Etat A de revendiquer auprès de l'Etat B le traitement que ce dernier accorde à tout autre Etat. L'Etat A ne serait pas pour autant en droit de demander à l'Etat B l'extradition d'une personne accusée d'un crime du seul fait que l'Etat B s'est engagé à extraditer les personnes accusées de crimes du même type dans l'Etat C, ou le fait volontairement. La raison de cette situation, qui semble résider dans l'intention commune des parties, est que la clause ne peut avoir d'effet qu'en ce qui concerne la matière que les deux Etats avaient en vue lorsqu'ils ont inséré la clause dans leur traité<sup>55</sup>.

Si le sens de cette règle est clair, son application n'est pas toujours simple. On peut tirer de la pratique, fort abondante, quelques exemples qui illustrent les difficultés rencontrées et les solutions possibles.

2) Dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company* (1952), la CIJ a déclaré ce qui suit :

Le Royaume-Uni a également avancé, sous une forme toute différente, un argument relatif à la clause de la nation la plus favorisée. Si le Danemark pouvait porter devant la Cour des questions relatives à l'application du traité conclu par lui en 1934 avec l'Iran, et si le Royaume-Uni ne pouvait soumettre à la Cour des questions relatives à l'application du même traité, au bénéfice duquel il a droit en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, le Royaume-Uni ne serait pas dans la situation de la nation la plus favorisée. Il suffit à la Cour de faire observer que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités de 1857 et de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni n'a aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements. Si le Danemark a le droit, d'après l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par lui avec l'Iran, c'est parce que ce traité est postérieur à la ratification de la déclaration de l'Iran. Ceci ne peut faire surgir aucune question se rapportant au traitement de la nation la plus favorisée<sup>56</sup>.

3) Les conclusions auxquelles a donné lieu l'application de cette règle dans l'*Affaire Ambatielos*<sup>57</sup> ont été mentionnées dans le deuxième rapport<sup>58</sup>. Il paraît nécessaire de citer ici un peu plus en détail la partie pertinente de la sentence rendue le 6 mars 1956 par la Commission d'arbitrage.

En ce qui concerne l'interprétation de l'article X (clause de la nation la plus favorisée) du Traité de commerce anglo-grec de 1886, la Commission d'arbitrage a déclaré ce qui suit :

<sup>55</sup> A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 287.

<sup>56</sup> Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), Arrêt du 22 juillet 1952: *C.I.J. Recueil 1952*, p. 110. Pour les faits et les autres aspects de l'affaire, voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 216 à 219, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 10 à 30.

<sup>57</sup> Affaire Ambatielos (fond: obligation d'arbitrage), Arrêt du 19 mai 1953: *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

<sup>58</sup> *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 225 et 226, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 66 à 73.

La Commission n'estime pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la question générale de savoir si la clause de la nation la plus favorisée ne peut jamais avoir pour effet d'assurer à ses bénéficiaires un traitement conforme aux principes généraux du droit international parce que, en l'espèce, l'effet de la clause est expressément limité à « tout privilège, faveur ou immunité quelconque que l'une des Parties contractantes a actuellement accordé ou pourra désormais accorder aux sujets ou citoyens d'un autre Etat », ce qui ne serait évidemment pas le cas si le seul objet de cette disposition était de garantir à ces personnes un traitement conforme aux principes généraux du droit international.

D'un autre côté, la Commission considère que la clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que *des questions appartenant à la même catégorie que celles qui font l'objet de la clause elle-même*.

Cependant, la Commission est d'avis qu'en l'espèce l'application de cette règle peut conduire à des conclusions différentes de celles qu'a avancées le Gouvernement du Royaume-Uni.

Dans le Traité de 1886, le domaine d'application de la clause de la nation la plus favorisée est défini comme englobant « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». Il semble que cette expression n'ait pas, en soi, de signification strictement définie. La diversité des dispositions contenues dans les traités de commerce et de navigation prouve que, dans la pratique, la signification qui y est attachée est assez souple. On remarquera par exemple que la plupart de ces traités contiennent des dispositions concernant l'administration de la justice. Tel est le cas en particulier du troisième paragraphe de l'article XV du Traité de 1886, qui garantit aux sujets des deux Parties contractantes le « libre accès aux cours de justice pour la poursuite et la défense de leurs droits ». Tel est également le cas des autres traités mentionnés par le Gouvernement grec à propos de l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative « au commerce et à la navigation » ; mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des commerçants. La protection des droits des commerçants trouve naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation.

On ne peut donc pas dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». La question ne peut être déterminée que conformément à l'intention des Parties contractantes, telle qu'elle peut être déduite d'une interprétation raisonnable du traité<sup>59</sup>.

En résumant ses conclusions sur l'interprétation de l'article X du Traité de 1886, la Commission s'est déclarée d'avis :

1) Que le Traité conclu le 1<sup>er</sup> août 1911 entre le Royaume-Uni et la Bolivie ne peut avoir pour effet d'incorporer dans le Traité anglo-grec de 1886 les « principes du droit international » par le jeu de l'application de la clause de la nation la plus favorisée ;

2) Que les effets de la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article X dudit Traité de 1886 peuvent être étendus au système de l'administration de la justice dans la mesure où celui-ci intéresse la protection par les tribunaux des droits des personnes qui s'occupent de commerce et de navigation ;

3) Qu'aucune des dispositions concernant l'administration de la justice qui figurent dans les traités invoqués par le Gouvernement grec ne peut être interprétée comme assurant aux bénéficiaires de la

<sup>59</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1963.V.3), p. 106 et 107. [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]



clause de la nation la plus favorisée un système de « justice », de « droit » et d'« équité » différent de celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat intéressé;

4) Que l'objet de ces dispositions correspond à celui de l'article XV du Traité anglo-grec de 1886, et que la seule question qui se pose est donc de savoir si ces dispositions englobent des « privilèges », « faveurs » ou « immunités » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV;

5) Qu'il s'ensuit de la décision résumée au paragraphe 3 ci-dessus que l'article X du Traité n'accorde à ses bénéficiaires aucun recours fondé sur « l'enrichissement sans cause » autre que celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat.

[...] la Commission est d'avis que le « libre accès aux cours de justice », qui est garanti aux ressortissants grecs au Royaume-Uni par l'article XV du Traité de 1886, comprend le droit d'avoir pleinement recours aux tribunaux et d'invoquer tout recours et toute garantie de procédure prévus par le droit du pays afin que la justice soit administrée sur un pied d'égalité avec les ressortissants de ce pays.

La Commission est donc d'avis que les dispositions contenues dans d'autres traités invoqués par le Gouvernement grec ne prévoient aucun « privilège, faveur ou immunité » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV, et que par conséquent la clause de la nation la plus favorisée contenue à l'article X est sans rapport avec le présent différend [...] <sup>60</sup>.

4) Les décisions des tribunaux nationaux prouvent également que la règle *ejusdem generis* est généralement reconnue.

Dans une affaire assez ancienne (1913), la Cour de cassation française était appelée à décider si certaines règles de procédure applicables à l'introduction d'une action en justice, telles qu'elles étaient prévues dans une convention franco-suisse concernant la juridiction et l'exécution des jugements, s'appliquaient également aux ressortissants allemands par le biais de la clause de la nation la plus favorisée qui figurait dans un Traité commercial franco-allemand signé à Francfort le 10 mai 1871. Le Traité franco-allemand garantissait le traitement de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre les deux Etats, y compris en ce qui concernait « l'admission et le traitement des sujets des deux nations ». Dans son arrêt, la Cour de cassation a considéré notamment que

ces dispositions concernent exclusivement les relations commerciales entre la France et l'Allemagne, envisagées au point de vue des facultés du droit des gens, mais qu'elles ne visent, ni expressément ni implicitement, les facultés de droit civil, et, notamment, les règles de compétence et de procédure applicables aux litiges que les rapports commerciaux font naître entre les sujets des deux Etats,

et que « la clause de la nation la plus favorisée ne peut être invoquée que si la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité, particulièrement favorable, dont le bénéfice est réclamé » <sup>61</sup>.

5) Dans l'*Affaire Lloyds Bank c. de Ricqlès et de Gaillard*, qu'a eue à trancher le Tribunal de commerce de

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 109 et 110.

<sup>61</sup> M. Whiteman, *op. cit.*, p. 755 et 756, citant l'arrêt du 22 décembre 1913 de la Cour de cassation française dans l'*Affaire Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft c. Goffart*, és qualités. Texte cité aussi par P. Level, *op. cit.*, p. 338, par. 38, et par H. Batiffol, *op. cit.*, p. 216, n° 189.

la Seine, la Lloyds Bank, invitée en sa qualité de demanderesse à verser la caution *judicatum solvi*, avait invoqué l'article 1<sup>er</sup> de la Convention anglo-française du 28 février 1882 <sup>62</sup>. Cette convention avait pour but — aux termes de son préambule — « de régler l'état des relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ainsi que l'établissement de leurs nationaux », et son article 1<sup>er</sup> stipulait, avec une exception qui ne nous intéresse pas ici, que

[...] chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à faire profiter l'autre, immédiatement et sans condition, de toute faveur, immunité ou privilège, en matière de commerce ou d'industrie, qui aurait pu ou pourrait être concédé par une des Parties contractantes à une tierce Puissance en Europe ou hors d'Europe <sup>63</sup>.

S'appuyant sur cet article, la Lloyds Bank invoquait le bénéfice des dispositions d'un Traité franco-suisse du 15 juin 1889, qui donnait aux ressortissants suisses le droit d'agir en France sans être tenus de verser la caution *judicatum solvi*. Le Tribunal a rejeté cette thèse et a considéré qu'un Etat partie à une convention de caractère général telle que la Convention anglo-française, qui réglementait les relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ne pouvait invoquer par le biais de la clause de la nation la plus favorisée le bénéfice d'une convention spéciale telle que la Convention franco-suisse, qui traitait d'une question particulière, à savoir la dispense de l'obligation de verser la caution *judicatum solvi* <sup>64</sup>.

6) En comparant ces deux arrêts de tribunaux français avec la sentence rendue par la Commission d'arbitrage dans l'*Affaire Ambatielos*, on constate que, si la règle *ejusdem generis* est reconnue par tous, une différence considérable sépare l'interprétation libérale de la Commission d'arbitrage et l'interprétation stricte des tribunaux français. On est ainsi conduit à se demander s'il ne faudrait pas, lors de la codification de la règle *ejusdem generis*, s'efforcer de proposer une réglementation plus détaillée, notamment pour ce qui est des rapports entre une clause relativement générale (intéressant par exemple toutes les questions de commerce et de navigation) et une prétention spécifique (concernant par exemple l'administration de la justice ou la caution *judicatum solvi*). On a provisoirement répondu à cette question par la négative, en proposant une règle générale et en laissant les détails de celle-ci à l'interprétation des traités. Les rédacteurs des clauses de la nation la plus favorisée se trouvent toujours placés devant le dilemme qui consiste soit à rédiger la clause en termes trop généraux — ce qui risque de nuire à son efficacité si la règle *ejusdem generis* est interprétée

<sup>62</sup> *British and Foreign State Papers, 1881-1882*, vol. 73, Londres, Ridgway, 1889, p. 22.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 23 et 24.

<sup>64</sup> H. Lauterpacht, éd., *Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol. 5, 1935, affaire n° 252, p. 404; *Journal du droit international*, Paris, 58<sup>e</sup> année, 1931, p. 1018, résumé par A. D. McNair, *op. cit.*, p. 287. D'autres affaires faisant intervenir la règle *ejusdem generis* sont citées, pour ce qui est des tribunaux français, par A.-Ch. Kiss, « La convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire français de droit international*, 1957, Paris, vol. III, p. 478, et, pour ce qui est des tribunaux américains, par G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 292 et 293.

strictement — soit à la rédiger de façon trop explicite en énumérant ses domaines d'application spécifiques — auquel cas l'énumération risque de n'être pas complète.

7) La règle *ejusdem generis* est également observée dans la pratique extrajudiciaire des Etats, comme le montre l'affaire concernant l'Accord commercial du 25 mai 1935 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Suède<sup>65</sup>. L'article I<sup>er</sup> de cet accord était ainsi conçu :

La Suède et les Etats-Unis d'Amérique s'accorderont réciproquement le traitement inconditionnel et illimité de la nation la plus favorisée pour tout ce qui concerne les droits de douane et taxes accessoires de toute nature et leur mode de perception, ainsi que les règlements, formalités et taxes applicables à l'occasion du dédouanement et l'ensemble des lois ou règlements régissant la vente ou l'utilisation, à l'intérieur du pays, des marchandises importées<sup>66</sup>.

En 1949, le Département d'Etat fut prié d'informer la Liquor Authority de l'Etat de New York qu'une licence pour la vente à New York de bière suédoise importée devait être délivrée à une certaine société d'importation. Le Service juridique du Département d'Etat interpréta comme suit les dispositions du traité :

Etant donné que la clause de la nation la plus favorisée qui figure dans l'Accord commercial réciproque signé entre les Etats-Unis et la Suède en 1935 a pour seul objet d'empêcher la discrimination entre, d'une part, les importations et exportations en provenance et à destination de la Suède et, d'autre part, les importations et exportations en provenance et à destination d'autres pays, j'ai le regret de vous informer que le Département n'est pas en mesure d'adresser à la Liquor Authority de New York, comme vous le suggérez, une lettre attestant que cet accord octroie aux ressortissants suédois le même traitement que celui qui est accordé aux ressortissants d'autres pays.

Tous les pays énumérés dans la pièce jointe à votre lettre (pays dont les ressortissants sont considérés par la Liquor Authority de l'Etat de New York comme pouvant être titulaires de licences pour la vente de boissons alcoolisées) ont conclu avec les Etats-Unis des traités qui accordent le droit au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée aux ressortissants de ces pays exerçant des activités commerciales. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'existence des accords commerciaux que vous mentionnez [...] <sup>67</sup>.

8) Dans les exemples ci-après, la question de l'application de la règle se pose dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'*Affaire du « Nyugat » — Société anonyme maritime et commerciale suisse c. Royaume des Pays-Bas*, les faits étaient les suivants :

Le 13 avril 1941, le *Nyugat*, battant pavillon hongrois, naviguait hors des eaux territoriales des anciennes Indes néerlandaises. Le destroyer néerlandais *Kortenaar* l'arrêta, l'arraisonna et le conduisit à Surabaya, où le navire fut coulé en 1942. Les demandeurs affirmèrent que le *Nyugat* avait fait l'objet de mesures illicites. Le navire était de propriété suisse. Il avait appartenu précédemment à une société hongroise, mais la société suisse en était devenue propriétaire en 1941, date à laquelle elle détenait déjà la totalité des parts dans la société hongroise. Le pavillon hongrois était un pavillon neutre. De son côté, le

défendeur fit valoir que les relations diplomatiques entre les Pays-Bas et la Hongrie avaient été rompues le 9 avril 1941, que la Hongrie, alliée de l'Allemagne, avait attaqué la Yougoslavie le 11 avril 1941, et que par conséquent, sur la base de certains décrets néerlandais applicables en la matière, la prise du navire était licite. Les demandeurs soutinrent que ces décrets étaient contraires au Traité d'amitié d'établissement et de commerce conclu avec la Suisse à Berne le 19 août 1875<sup>68</sup> ainsi qu'au Traité de commerce conclu avec la Hongrie le 9 décembre 1924<sup>69</sup>, et en particulier à la clause de la nation la plus favorisée figurant dans ces traités. Les demandeurs invoquèrent le Traité d'amitié, de navigation et de commerce conclu le 1<sup>er</sup> mai 1829 avec la République de Colombie, lequel stipulait que « si, malheureusement, par la suite, il survenait quelque interruption dans les relations amicales actuellement existantes », les sujets de l'une des parties contractantes se trouvant sur le territoire de l'autre « jouiront du privilège d'y rester et d'y continuer à vaquer à leurs affaires [...] aussi longtemps qu'ils s'y conduiront paisiblement, et qu'ils ne commettront point d'offenses contre les lois; leurs effets et propriétés [...] ne seront sujets ni à la saisie, ni au séquestre <sup>70</sup> ».

Le tribunal a déclaré ce qui suit :

L'argument fondé sur cette disposition ne peut à bon droit être invoqué, car une rupture des relations amicales, telle qu'elle était envisagée en 1829, ne saurait être assimilée à une rupture des relations diplomatiques telle que celle qui s'est produite au cours de la deuxième guerre mondiale. En outre, en l'espèce, le pavillon arboré indiquait que le navire avait la nationalité hongroise, c'est-à-dire d'un pays qui avait adopté une attitude contraire aux intérêts du Royaume en collaborant à l'attaque allemande contre la Yougoslavie, ce que les auteurs des dispositions du traité de 1829 n'avaient certainement pas prévu. Il s'ensuit de ce qui précède que les propriétaires du navire font erreur en pensant que le Tribunal ne devrait pas appliquer les décrets pour le motif qu'ils seraient contraires à des dispositions internationales <sup>71</sup>.

9) Pour sa part, la Commission permanente de conciliation italo-suisse, créée par le Traité de conciliation et de règlement judiciaire entre l'Italie et la Suisse, conclu en 1924 <sup>72</sup>, se trouva saisie d'un différend survenu entre les deux parties à propos de l'application aux ressortissants suisses d'un impôt spécial sur le capital établi par l'Italie.

Le Gouvernement suisse soutenait que cet impôt spécial ne devait pas s'appliquer aux biens des ressortissants suisses. Cette prétention se fondait sur la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article 5 de la Convention d'établissement et consulaire entre l'Italie et la Suisse, signée le 22 juillet 1868. En vertu de cette clause, prétendait-on, l'Italie était tenue d'exempter de la contribution spéciale les ressortissants suisses dont la situation correspondait à celle des ressortissants des Nations Unies qui se trouvaient exemptés de ladite

<sup>65</sup> Pays-Bas, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, n° 137, 1878, décret du 19 septembre 1878.

<sup>66</sup> *Ibid.*, n° 36, 1926, décret du 3 mars 1926.

<sup>67</sup> *British and Foreign State Papers, 1829-1830*, Londres, Ridgway, 1832, p. 909 et 910.

<sup>68</sup> Arrêt du 6 mars 1959 de la Cour suprême des Pays-Bas (*Nederlandse Jurisprudentie* 1962, n° 2, p. 18 et 19) [texte original en néerlandais].

<sup>69</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXXIII, p. 91.

<sup>65</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXI, p. 109.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>67</sup> Jurisconsulte Fisher, Département d'Etat, 3 novembre 1949, « MS. Department of State », cité par M. Whiteman, *op. cit.*, p. 760.

contribution par l'effet de l'article 78, paragraphe 6, du Traité de paix de 1947 avec l'Italie <sup>73</sup>.

Le passage pertinent de l'article V du Traité de 1868 est le suivant:

En temps de paix comme en temps de guerre, il ne pourra, dans aucune circonstance, être imposé ou exigé, pour les biens d'un citoyen de l'un des deux pays dans le territoire de l'autre, des taxes, droits, contributions ou charges autres ou plus fortes qu'il n'en serait imposé ou exigé pour la même propriété si elle appartenait à un citoyen du pays ou à un citoyen de la nation la plus favorisée. Il est d'ailleurs entendu qu'il ne sera perçu ni exigé d'un citoyen de l'un des deux Etats qui se trouvera dans le territoire de l'autre aucun impôt quelconque autre ou plus fort que ceux qui pourront être imposés ou levés sur un citoyen du pays ou de la nation la plus favorisée <sup>74</sup>.

Pour le Gouvernement italien, cette clause de la nation la plus favorisée — qui, il faut le remarquer, contient aussi un engagement au traitement national — ne pouvait être invoquée à ce propos. Ce gouvernement fondait sa thèse sur l'intention commune des parties au moment de la conclusion de la convention d'établissement de 1868, et soutenait que lesdites parties avaient alors en vue la réglementation de relations pacifiques normales et n'entendaient pas appliquer la clause de la nation la plus favorisée à des circonstances de guerre ni aux traités de paix subséquents. Il soutenait également que les traités de paix tombaient dans une catégorie particulière et tenaient plus du règlement imposé que de l'accord contractuel.

Le 9 octobre 1956, la Commission décidait de rejeter la plainte de la Suisse. Voici quelques extraits de l'exposé de ses motifs:

[...] De ce que les conditions du Traité de paix ont été imposées à l'Italie, de ce que la détermination de ces conditions n'a pu faire l'objet de libres négociations entre ses parties, il a été déduit [par la partie italienne] que l'exonération des ressortissants des puissances alliées reposerait sur de simples décisions unilatérales de ces puissances; en conséquence, a-t-il été allégué du côté italien, l'avantage non contractuel qui en est résulté pour ces ressortissants devrait être considéré comme échappant à l'action de la clause de la nation la plus favorisée. La Commission ne partage pas cette opinion. Bien qu'elle puisse être déterminée par la contrainte, la volonté de l'Etat vaincu n'en intervient pas moins, dans un traité de paix, en toutes et en chacune des clauses qu'il contient. S'il n'en était point ainsi, c'est la qualité même de traité qu'il faudrait dénier à tout traité de paix mettant fin à une guerre victorieuse.

...

Pour étendre le jeu de la clause de la nation la plus favorisée aux stipulations de l'article 78, paragraphe 6, du Traité de paix de Paris du 10 février 1947, on [la partie suisse] a mis en avant la forme absolue de l'article 5 de la Convention d'établissement du 22 juillet 1868: « En temps de paix comme en temps de guerre, il ne pourra, dans aucune circonstance... ». Il a été reconnu que la première formule (« en temps de paix comme en temps de guerre ») avait un sens purement temporel. La seconde elle-même (« dans aucune circonstance ») ne saurait attribuer à la clause une fonction exorbitante et qui serait en contradiction avec son rôle bien connu dans la vie internationale, à savoir celui d'assurer l'égalité de traitement des ressortissants des divers pays dans le commerce juridique habituel. Or l'extension ici réclamée sur la base de la clause de la nation la plus favorisée aurait pour effet d'étendre

<sup>73</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 17.

<sup>74</sup> *British and Foreign State Papers, 1867-1868*, vol. 58, Londres, Ridgway, 1873, p. 1336.

l'inégalité exceptionnelle stipulée par l'article 78 du Traité du 10 février 1947. [...]

...

[...] Les rapports qui ont donné lieu au Traité du 10 février 1947 entre l'Italie et les puissances alliées étaient des rapports de belligérance ou de post-belligérance, de vainqueur à vaincu, et qui seuls pouvaient servir de justification à l'exonération de l'impôt extraordinaire sur le patrimoine, inscrite à l'article 78, paragraphe 6, de ce traité de paix. L'absence de pareils rapports entre l'Italie et la Suisse semble exclure le jeu de la clause de la nation la plus favorisée au bénéfice de celle-ci.

...

Et il importe peu, également, que la clause de l'article 5 de la Convention d'établissement italo-suisse de 1868 vise matériellement les mêmes taxes et impôts que ceux dont l'article 78, paragraphe 6, du Traité de paix du 10 février 1947 a stipulé l'exonération en faveur des ressortissants des nations alliées. Pareille identité permettrait assurément à la Suisse d'invoquer le bénéfice de la clause si l'exonération de pareilles charges fiscales accordée par l'Italie au profit de ressortissants tiers tendait à favoriser des relations économiques de même nature que celles qui existent entre la Suisse et l'Italie <sup>75</sup>.

Tout en rejetant les prétentions de la Suisse fondées sur la clause de la nation la plus favorisée, la Commission, qui « s'est efforcée d'établir un règlement équitable du différend », estima que la Suisse devait bénéficier du traitement national en vertu de la clause du traité de 1868 citée plus haut. De la sorte, il semble que le Gouvernement suisse, demandeur dans cette affaire, ait quasiment atteint son but original: si les sociétés suisses n'étaient pas totalement exemptées de la contribution spéciale en question, elles obtenaient cependant un traitement égal à celui dont bénéficiaient les sociétés italiennes, qui supportaient une taxe variant entre 2 et 4 p. 100, au lieu d'être assimilées aux autres sociétés étrangères, soumises à une contribution dont le taux maximal atteignait 15 p. 100 du montant total de leur capital investi en Italie. C'est dans ces conditions que la Suisse accepta la proposition de la Commission de conciliation et acquiesça au règlement du différend. Il faut noter également que, aux termes du traité instituant la Commission de conciliation,

La Commission permanente de conciliation aura pour tâche de faciliter la solution du différend en éclaircissant, par un examen impartial et consciencieux, les questions de fait et en formulant des propositions en vue du règlement de la contestation <sup>76</sup>,

et que

Le rapport de la Commission n'aura, ni en ce qui concerne l'exposé des faits, ni en ce qui concerne les considérations juridiques, le caractère d'une sentence arbitrale <sup>77</sup>.

10) McNair reconnaît « un certain bien-fondé » à la thèse selon laquelle les droits et privilèges obtenus dans le cadre d'un accord territorial et politique ou d'un traité de

<sup>75</sup> Commissione permanente di conciliazione fra la Repubblica italiana e la Confederazione svizzera, *Atti relativi alla vertenza per l'applicazione ai cittadini svizzeri dell'imposta straordinaria italiana sul patrimonio*, Rome, Tipografia riservata del Ministero degli affari esteri, 1960, p. 185 à 187.

<sup>76</sup> Traité de conciliation et de règlement judiciaire entre l'Italie et la Suisse, signé à Rome le 20 septembre 1924 (SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXXIII, p. 94), art. 5.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 96 (art. 12).

paix ne peuvent être réclamés par le biais d'une clause de la nation la plus favorisée. « La raison, pense-t-il, en est sans doute que de telles concessions ne sont pas de nature commerciale, alors que le domaine habituel de la clause de la nation la plus favorisée est celui des relations d'affaires et des relations commerciales<sup>78</sup> ». McNair cite à ce sujet une consultation donnée par un conseiller juridique de la Couronne en 1851. Dans sa consultation, le conseiller contestait au Portugal et aux sujets portugais le droit « de faire sécher sur la côte de Terre-Neuve la morue pêchée sur les bancs voisins ». La demande était fondée sur une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité de 1842 entre la Grande-Bretagne et le Portugal et visant à obtenir l'octroi de privilèges identiques à ceux qui avaient été accordés par la Grande-Bretagne à la France et aux Etats-Unis d'Amérique en vertu des traités de 1783. Ces traités faisaient partie d'un accord général intervenu à la fin d'un conflit armé. Le conseiller de la Couronne déclarait :

[...] Mon opinion est que l'on ne peut légitimement considérer la clause de l'article 4 du Traité de 1842 comme s'appliquant à l'autorisation qu'il [le Chargé d'affaires portugais] réclame au profit des sujets portugais.

J'estime que ces privilèges ont été concédés à la France et aux Etats-Unis d'Amérique dans le cadre d'un accord territorial et politique *extorqué* à la Grande-Bretagne à la fin d'une guerre remportée à ses dépens par ces deux nations<sup>79</sup>.

11) Aucun auteur ne songerait à nier la validité de la règle *eiusdem generis*, qui découle de la nature même de la clause de la nation la plus favorisée. Il est généralement reconnu qu'une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peut s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités (ou actes unilatéraux) en ce qui concerne les mêmes matières ou les mêmes catégories de matières<sup>80</sup>.

12) Le système du traitement de la nation la plus favorisée a pour effet d'attirer les dispositions d'un traité par le biais des dispositions d'un autre. Si ce système ne se limitait pas strictement aux cas où les sujets sur lesquels portent les deux séries de clauses en question sont sensiblement identiques, on risquerait dans bien des cas d'imposer à l'Etat concédant des obligations qu'il n'avait jamais envisagés de souscrire<sup>81</sup>. Ainsi, la règle dérive clairement du principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. Ceux-ci ne peuvent être considérés comme tenus au-delà des engagements qu'ils ont expressément souscrits.

13) Une théorie tout à fait originale a récemment été élaborée par M. Pierre Pescatore, éminent magistrat de la Cour de justice des communautés européennes, dans le cadre des recherches qu'il a entreprises pour l'Institut de droit international. Son raisonnement est le suivant :

Originellement, la règle *eiusdem generis* a été développée pour exprimer l'exigence d'une identité ou, à tout le moins, d'une similitude de l'objet des avantages qui doivent être étendus en vertu

<sup>78</sup> A. D. McNair, *op. cit.*, p. 302.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 303. [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]

<sup>80</sup> Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 68.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 225 et 226, par. 72.

de la clause. C'est dans cette perspective que la règle est exprimée dans les dispositions de l'Accord général [du GATT], dont l'article I prévoit l'extension des réductions tarifaires à tout « produit similaire ».

Mais ce n'est pas là que s'arrête cette exigence. Il faut que le rapport de similitude existe également en ce qui concerne *la nature* de la mesure dont l'extension est revendiquée en application de la clause et, même, en ce qui concerne *le conditionnement juridique* de cette mesure, c'est-à-dire le cadre dans lequel elle intervient.

Ainsi, comme nous l'avons exposé ci-dessus, un Etat ne peut pas, en vertu de la clause — dont la nature est d'assurer le traitement d'étranger le plus favorable — revendiquer le bénéfice du traitement national. La clause de traitement national, nous l'avons dit, a intrinsèquement une autre portée que la clause de la nation la plus favorisée; elle n'est donc pas *eiusdem generis* par rapport à cette dernière, et son bénéfice ne peut dès lors pas être acquis par l'intermédiaire de la c.n.p.f. [clause de la nation la plus favorisée].

Quant au « conditionnement juridique », on a donné au n° 133 du rapport provisoire un exemple tiré de la pratique arbitrale [il s'agit de l'affaire traitée par la Commission de conciliation italo-suisse] qui montre qu'une clause de la nation la plus favorisée insérée dans un traité d'établissement ne peut pas assurer le bénéfice d'avantages consentis en vertu d'un traité d'une tout autre nature, à savoir un traité de paix. Ce qui est en cause ici, ce n'est pas la nature intrinsèque de la clause, mais bien le contexte juridique: le bénéfice de la clause ne peut pas porter plus loin que l'objet même du traité dans lequel elle se trouve insérée. Or, pour en rester à l'exemple donné, un traité de paix poursuit une finalité profondément différente de celle d'un traité d'établissement. On a transposé l'argument à la question de l'effet de la c.n.p.f. encadrée dans un traité commercial, à l'égard des avantages concédés dans le cadre d'un système d'intégration économique. De l'avis du Rapporteur, il n'existe, en effet, aucune commune mesure entre un traité destiné simplement à faciliter le commerce international et l'objectif beaucoup plus ambitieux et plus fondamental d'un traité d'intégration économique sous forme de zone de libre-échange, d'union douanière ou d'union économique. On a donc conclu que la c.n.p.f. « commerciale » est inopérante à l'égard des avantages concédés dans le cadre d'un système d'intégration.

On voit dès lors l'importance capitale de la règle *eiusdem generis*, autant pour l'Etat qui concède la c.n.p.f. que pour les Etats qui en bénéficient. C'est en effet cette règle qui indique au premier la mesure de ses engagements, et aux seconds les limites des prétentions qu'ils peuvent légitimement élever.

Résumons en disant que la clause ne peut produire son effet qu'à la triple condition qu'il y ait, en ce qui concerne l'avantage revendiqué en vertu de la clause, à la fois

Identité, ou à tout le moins similitude d'objet;

Identité de nature entre le standard de référence envisagé par la clause et l'avantage concédé; enfin,

Identité entre le conditionnement juridique de la clause et le cadre dans lequel un avantage est revendiqué.

Ce sera sans doute par un approfondissement de la règle *eiusdem generis* que l'on pourra circonscrire d'une manière plus précise la portée de la clause et, par là, vider un certain nombre de divergences qui se manifestent autour de la question de son effet<sup>82</sup>.

14) Le Rapporteur spécial ne peut partager cette opinion. Celle-ci, dénuée de fondement théorique et pratique, est construite à partir d'un seul précédent (l'affaire entre la Suisse et l'Italie, à laquelle le Rapporteur spécial ajoutera l'affaire entre le Portugal et la Grande-Bretagne) et constitue une généralisation

<sup>82</sup> P. Pescatore, *loc. cit.*, p. 207 à 209.

abusives de deux cas isolés. Sauvignon critique à bon droit les conclusions de la Commission de conciliation et celles de Pescatore dans les termes suivants :

L'inconvénient du raisonnement de la Commission et du Rapporteur de l'Institut de droit international est qu'il aboutit à transformer une clause inconditionnelle en clause conditionnelle : celle-ci ne produira ses effets qu'à la condition que le traitement plus favorable soit d'une certaine nature, et que les rapports concédant-favorisé et concédant-bénéficiaire soient identiques ou équivalents, ce qui peut d'ailleurs être fort délicat à apprécier<sup>83</sup>.

Le même auteur conclut :

[...] en l'affaire examinée par la Commission, la solution juridique paraît résider dans la référence à une coutume écartant les conventions d'ordre politique du champ d'application de la clause<sup>84</sup>.

Toutefois, cette conclusion ne s'appuie que sur une référence au différend entre le Portugal et l'Angleterre et à la remarque de McNair citée plus haut<sup>85</sup>. A l'évidence, deux affaires ne prouvent pas l'existence d'une coutume obligatoire. Mais, quelles conclusions pourrait-on tirer de ces affaires ? Si l'on admet la règle posée par l'article 5, selon laquelle les droits du bénéficiaire (et les obligations correspondantes de l'Etat concédant) trouvent leur source dans le traité contenant la clause, c'est là qu'il faut rechercher une solution au différend italo-suisse. La clause contient la promesse de l'Etat concédant d'accorder à l'Etat bénéficiaire le même traitement qu'il accorde (de son plein gré, cela va de soi) à tout autre Etat. L'Etat concédant y promet de ne pas pratiquer de discrimination entre Etats au détriment du bénéficiaire de la clause. Or, la demande de la Suisse visait à étendre le jeu de la clause de la nation la plus favorisée à un traitement que l'Etat concédant était contraint d'accorder sur la base d'un traité de paix qui, selon les termes du conseiller de la Couronne (1851), lui avait été extorqué par d'autres Etats. La partie italienne évoquait, parmi ses arguments, le fait que le traité de paix avait été imposé à l'Italie. La Commission de conciliation a rejeté cette thèse : « Même s'il a été dicté par la contrainte<sup>86</sup> », déclare la Commission, le traité de paix est un traité dans lequel la volonté de l'Etat défendeur est néanmoins intervenue (*jamenetsi coactus voluit, attamen voluit*). Il est parfaitement exact que le Traité de paix de 1947 est un traité obligatoire — et qu'il comporte un élément de contrainte. Cet élément, sans suffire à annuler le traité, fait que les avantages accordés aux alliés par ledit traité ne pouvaient être transmis à la Suisse. La clause de la nation la plus favorisée promettait à la Suisse l'égalité de traitement dans le domaine d'application de la clause dans la mesure où l'Etat concédant était libre de choisir parmi les autres Etats, et selon ses intérêts particuliers, ceux de ses partenaires auxquels il accordait ses faveurs. Cependant, les membres de la Commission de conciliation ont estimé — en se fondant sur l'équité — que l'obligation de l'Etat concédant ne devait pas s'étendre aux faveurs accordées

dans les circonstances particulières déjà décrites, qui avaient conduit l'Italie à prendre un tel engagement dans un traité — traité coloré d'un élément de contrainte. La décision de la Commission permanente de conciliation italo-suisse, si elle n'était pas un cas isolé appuyé seulement par un autre exemple, permettrait peut-être d'induire qu'une clause de la nation la plus favorisée n'attire pas normalement les avantages stipulés dans un traité de paix. En revanche, affirmer d'une façon générale que le jeu de la clause de la nation la plus favorisée exige que non seulement la matière de la clause mais encore la relation entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire et la relation entre l'Etat concédant et l'Etat tiers soient identiques ou similaires ne revient pas, selon nous, à « approfondir » la règle *ejusdem generis*, mais bien plutôt à l'étendre au-delà des limites acceptables.

15) L'essence de la règle est que le bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée ne peut exiger de l'Etat concédant des avantages d'un type autre que celui qui est stipulé dans la clause. En termes clairs, si la clause ne promet le traitement de la nation la plus favorisée que pour le poisson, on ne peut réclamer un tel traitement en vertu de la même clause pour la viande<sup>87</sup>. Sauf réserve expresse en ce sens, l'Etat concédant ne peut échapper à ses obligations en faisant valoir que ses relations avec le pays tiers sont plus amicales ou « ne sont pas semblables » à celles qu'il entretient avec le bénéficiaire (comme l'affirmait le *dictum* de la Commission de conciliation italo-suisse). C'est seulement la matière faisant l'objet de la clause qui doit relever de la même catégorie — *idem genus* — et non pas la relation entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, d'une part, et la relation entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire, de l'autre. On ne peut davantage prétendre que le traité contenant la clause doit appartenir à la même catégorie (*ejusdem generis*) que celle dont relèvent les avantages réclamés en vertu de la clause<sup>88</sup>. En décider autrement réduirait considérablement la valeur de la clause de la nation la plus favorisée.

16) On examinera plus loin la question de l'effet des clauses de la nation la plus favorisée sur les avantages accordés par des traités multilatéraux (parmi lesquels les « traités d'intégration ») et sur les avantages accordés sous forme de « traitement national », sujets évoqués dans le passage cité de M. Pescatore<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Sur le problème des produits « de même nature », voir le passage pertinent des extraits des conclusions du Comité économique de la SDN concernant la clause de la nation la plus favorisée qui figurent en annexe au premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I), et les articles 1<sup>er</sup>, II et XIII de l'Accord général du GATT (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 97 à 201, 205 à 209, et 235 à 239; *ibid.*, vol. 62, p. 83 à 87, et 91; *ibid.*, vol. 138, p. 337). Des efforts notables sont en cours pour faciliter l'identification et la comparaison des produits grâce à l'établissement de critères uniformes — p. ex. Convention de Bruxelles du 15 décembre 1950 portant création d'un Conseil de coopération douanière (*ibid.*, vol. 157, p. 129), Convention du 15 décembre 1950 sur la nomenclature pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers (*ibid.*, vol. 347, p. 127).

<sup>88</sup> D. Vignes, *op. cit.*, p. 282.

<sup>89</sup> Voir ci-dessus par. 13.

<sup>83</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 73 et 74.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Voir ci-dessus par. 10.

<sup>86</sup> E. Lauterpacht, éd., *International Law Reports, 1958-I*, Londres, vol. 25, 1963, p. 317.

### Article 8. — Droits acquis de l'Etat bénéficiaire

Les droits de l'Etat bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée à l'égard de l'Etat concédant ne sauraient être affectés par aucun accord passé entre ce dernier et un ou plusieurs Etats tiers et en vertu duquel les signataires se réservent mutuellement le bénéfice de certains avantages, à moins que l'Etat bénéficiaire ne consente expressément et par écrit à la limitation de ses droits.

#### COMMENTAIRE

1) Si l'Etat A accorde le traitement de la nation la plus favorisée à l'Etat B (et, s'il s'agit d'un traité multilatéral, aux Etats B1, B2, B3... Bx), il s'oblige par là même à étendre à l'Etat B (B1, B2, B3... Bx) le bénéfice de tous les avantages qu'il octroie à tout autre Etat (C en cas d'accord bilatéral, C1, C2, C3... Cx en cas d'accord multilatéral). Si les Etats A et C (C1, C2, C3... Cx) conviennent de s'octroyer mutuellement des avantages particuliers sans en étendre le bénéfice aux autres Etats, cet accord n'affecte en rien le droit de B (B1, B2, B3... Bx) de réclamer à A le bénéfice des avantages reconnus à C (C1, C2, C3... Cx).

2) Cette règle découle tout naturellement de la règle générale en matière d'Etats tiers qui fait l'objet des articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>90</sup>, ainsi que de la nature même de la clause de la nation la plus favorisée. Il paraît cependant nécessaire de l'énoncer, car il existe un certain nombre d'accords, ayant plus ou moins directement pour but de créer la situation visée dans l'article, quels que soient les doutes que l'on puisse avoir quant aux effets de ces arrangements sur le droit des Etats tiers bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée. Les arrangements en question peuvent, soit prendre la forme de dispositions conventionnelles (ce qu'on appelle en français des « clauses réservées »), soit être implicitement contenus dans certains traités multilatéraux.

3) La règle proposée dans l'article 8 s'applique à toutes les clauses de la nation la plus favorisée, qu'elles soient de caractère inconditionnel ou qu'il s'agisse de clauses conditionnelles sous réserve d'avantages réciproques<sup>91</sup>. Elle est exprimée de la façon suivante au paragraphe 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session, en 1936:

Ce régime d'égalité inconditionnelle [résultant de l'application d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée] ne saurait être affecté par les dispositions contraires [...] des conventions fixant les rapports avec les Etats tiers<sup>92</sup>.

#### a) La « clause réservée »

4) Un débat a eu lieu au Comité économique de la SDN sur la question, posée à l'origine lors de la Conférence diplomatique réunie à Genève pour établir une conven-

tion internationale sur l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation, de savoir si des Etats non parties à cette convention pourraient, en se prévalant d'accords bilatéraux fondés sur la clause de la nation la plus favorisée, réclamer le bénéfice des avantages que se concéderaient réciproquement les signataires de la convention internationale. A la Conférence,

on ne tarda pas à se rendre compte que la réponse à cette question ne pouvait être donnée par la convention, qui ne saurait porter novation au contenu des accords bilatéraux reposant sur la clause de la nation la plus favorisée.

Au Comité économique, il fut proposé de prévoir dans la convention une disposition visant à limiter les stipulations de la convention aux parties contractantes<sup>93</sup>.

5) Le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat, signée à Bruxelles le 10 avril 1926<sup>94</sup>, est conçu comme suit:

Les dispositions de la présente convention seront appliquées dans chaque Etat contractant sous la réserve de ne pas en faire bénéficier les Etats non contractants et leurs ressortissants, ou d'en subordonner l'application à la condition de réciprocité.

Vignes a fait la remarque suivante à l'égard de cette disposition:

Une telle stipulation présente l'inconvénient de ne pas délier les Etats contractants des obligations résultant pour eux de clauses antérieures, d'être à l'égard des partenaires de celles-ci *res inter alios acta*, et donc de mettre ces auteurs en situation potentielle de violation de la clause<sup>95</sup>.

La référence au principe de réciprocité que contient cette disposition n'en efface pas la faiblesse fondamentale, car on ne saurait transformer des obligations inconditionnelles en obligations conditionnelles sans le consentement de leurs bénéficiaires.

6) La même règle figure, sous une version quelque peu atténuée, dans la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes, également signée à Bruxelles le 10 avril 1926<sup>96</sup>. L'article 14 de cette convention est ainsi rédigé:

Les dispositions de la présente convention seront appliquées dans chaque Etat contractant lorsque le navire grevé est ressortissant d'un Etat contractant, ainsi que dans les autres cas prévus par les lois nationales.

Toutefois, le principe formulé dans l'alinéa précédent ne porte pas atteinte au droit des Etats contractants de ne pas appliquer les dispositions de la présente convention en faveur des ressortissants d'un Etat non contractant.

7) Le paragraphe 4 de l'article 98 de la Charte de La Havane, du 24 mars 1948, signée en vue de créer l'Organisation internationale du commerce, est libellé de la façon suivante:

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 187, doc. A/CN.4/213, annexe I, sous le titre « Relations entre les accords bilatéraux basés sur la clause de la nation la plus favorisée et les conventions économiques plurilatérales ».

<sup>94</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, p. 199.

<sup>95</sup> D. Vignes, *op. cit.*, p. 291.

<sup>96</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXX, p. 209.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Voir ci-dessus art. 6 et commentaire y relatif.

<sup>92</sup> *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

aucune disposition de la présente charte ne sera interprétée comme obligeant un Etat membre à accorder aux Etats non membres un traitement aussi favorable que celui qu'il accorde aux Etats membres aux termes de la Charte. Le fait de ne pas accorder un tel traitement ne sera pas considéré comme contraire à la lettre ou à l'esprit de la Charte <sup>97</sup>.

La nature de cette disposition — qui n'est pas une « clause réservée » au sens strict du terme — et les critiques formulées à son égard au Conseil économique et social par le représentant de l'Union soviétique sont examinées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial <sup>98</sup>. Cette disposition n'a pas été retenue dans l'Accord général du GATT.

8) Les rédacteurs du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier <sup>99</sup> n'ont pas adopté de « clause réservée »; mais ils ont introduit dans la Convention relative aux dispositions transitoires, signée à Paris le 18 avril 1951, l'importante disposition ci-après :

#### DÉROGATION À LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

##### Paragraphe 20

A l'égard des pays qui bénéficient de la clause de la nation la plus favorisée par application de l'article premier de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les Etats membres devront exercer, auprès des parties contractantes audit accord, une action commune en vue de soustraire les dispositions du Traité à l'application de l'article premier précité. La convocation d'une session spéciale du GATT sera, en tant que de besoin, demandée à cette fin.

En ce qui concerne les pays qui, n'étant pas parties à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, bénéficient néanmoins de la clause de la nation la plus favorisée en vertu des conventions bilatérales en vigueur, des négociations seront engagées dès la signature du Traité. A défaut du consentement des pays intéressés, la modification ou la dénonciation des engagements devra être effectuée conformément aux conditions fixées par lesdits engagements.

Au cas où un pays refuserait son consentement aux Etats membres ou à l'un d'entre eux, les autres Etats membres s'engagent à se prêter une aide effective qui pourrait aller jusqu'à la dénonciation par tous les Etats membres des accords passés avec le pays en question <sup>100</sup>.

On peut reprocher aux dispositions du troisième alinéa, du point de vue économique ou politique, d'être trop « radicales » ou « coercitives » <sup>101</sup>, mais, d'un point de vue strictement juridique, il en ressort clairement que l'engagement de l'Etat qui a concédé une clause de la nation la plus favorisée ne peut prendre fin ou être modifié par d'autres moyens que ceux du droit des traités.

9) Le Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, contient notamment les dispositions suivantes :

<sup>97</sup> Voir *Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi* (La Havane, Cuba, novembre 1947-mars 1948), *Acte final et documents connexes* (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.II.D.4), p. 51.

<sup>98</sup> Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 246, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 183 et suiv.

<sup>99</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 261, p. 141.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 298 et 300.

<sup>101</sup> A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, p. 485.

#### Article 234

Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Traité, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent Traité.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent Traité, le ou les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les Etats membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin, et adoptent le cas échéant une attitude commune.

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les Etats membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent Traité par chacun des Etats membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres Etats membres <sup>102</sup>.

Les premier et deuxième alinéas de cet article reprennent les mêmes idées que le paragraphe 20 de la Convention relative aux dispositions transitoires du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, cité ci-dessus. Le troisième se rapproche davantage d'une « clause réservée », tout en évitant de porter directement atteinte aux droits des Etats tiers. Pour sa part, Vignes y voit une « disposition explicative et incitative <sup>103</sup> ».

Cet « élément d'incitation » est pris plus au sérieux par le manuel soviétique de droit international, suivant lequel

le libellé assez obscur de l'article 234 ne peut en cacher le sens réel, qui fait à tout Etat partie au traité l'obligation de refuser aux pays tiers, en dépit même d'accords préalables, les privilèges dont jouissent les membres du bloc communautaire <sup>104</sup>. »

Un auteur français, Thiébaud Flory, adopte une optique différente :

Comment les Etats membres de la CEE [Communauté économique européenne] peuvent-ils concilier les engagements qui découlent pour eux de la signature du Traité de Rome avec les obligations qu'ils avaient précédemment contractées en signant des accords multilatéraux tels que le GATT? Aux termes de l'article 234 du Traité de Rome, c'est le principe de la fidélité aux engagements antérieurement conclus qui doit prévaloir. En soumettant le Traité de Rome à l'examen du GATT et en se montrant conciliants à l'égard des parties contractantes, les Six ont respecté ce principe <sup>105</sup>.

Bien que contradictoires à première vue, les deux dernières opinions citées ne sont pas inconciliables: le manuel soviétique retient l'élément « d'incitation » de la disposition considérée; l'auteur français estime qu'il découle de l'article 234, pris dans son ensemble, que les parties contractantes reconnaissent implicitement la validité de leurs engagements antérieurs.

10) La Convention européenne d'établissement, signée à Paris le 13 décembre 1955, ne contient pas non plus de « clause réservée ». Selon Vignes :

<sup>102</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 294, p. 130 et 131.

<sup>103</sup> D. Vignes, *op. cit.*, p. 293.

<sup>104</sup> Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 269.

<sup>105</sup> T. Flory, *Le GATT — Droit international et commerce mondial*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. 124.



[...] à l'occasion de la rédaction de [cette] convention [...], [les rédacteurs ont songé d'abord] à insérer une stipulation expresse excluant les non-signataires de la convention du bénéfice de celle-ci, mais cette idée fut écartée, car cette stipulation eût été *res inter alios acta*. On se contenta alors d'insérer dans le préambule de la convention une phrase de nature déclarative exposant (et cherchant à convaincre les Etats non membres de ce) que les avantages que les signataires de la convention se donneraient étaient uniquement concédés en raison de l'étroitesse de leur association.

Il semble toutefois que même les signataires de la convention n'aient pas été convaincus de l'excellence de leur méthode, et que certains retards dans la ratification de la convention soient dus à un désir de s'assurer que les Etats tiers n'en demanderaient pas le bénéfice<sup>106</sup>.

La partie qui nous intéresse du préambule de cette convention est ainsi rédigée :

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, Considérant que le Conseil de l'Europe a pour objet de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont le patrimoine commun de ses membres et de favoriser leur progrès économique et social;

Reconnaissant le caractère tout particulier des liens qui existent entre les pays membres du Conseil de l'Europe et qui trouvent leur affirmation dans les conventions et accords déjà conclus dans le cadre du Conseil [...];

Convaincus que, par la conclusion d'une convention régionale, l'établissement de règles communes concernant le traitement accordé aux ressortissants de chacun d'eux sur le territoire des autres est de nature à faire progresser cette œuvre d'unification;

Affirmant que les droits et prérogatives qu'ils accordent mutuellement à leurs ressortissants sont concédés uniquement en raison de l'étroite association qui unit, de par le Statut, les pays membres du Conseil de l'Europe;

Constatant que l'économie de la Convention s'insère étroitement dans le cadre de l'organisation du Conseil de l'Europe;

Sont convenus de ce qui suit : [...] <sup>107</sup>.

11) La clause ci-après, qui figure dans l'Accord du 15 juillet 1949 visant à faciliter la circulation internationale du matériel visuel et auditif de caractère éducatif, scientifique et culturel, est le contraire d'une « clause réservée », puisqu'elle prévoit expressément la possibilité d'étendre à des pays tiers le bénéfice des dispositions d'un traité multilatéral :

### Article III

...

4. Rien dans le présent Accord n'obligerait un Etat contractant à refuser d'étendre le bénéfice des dispositions du présent article au matériel produit dans un Etat quelconque qui ne serait pas partie à cet Accord si un tel refus était incompatible avec les obligations internationales ou la politique commerciale dudit Etat contractant<sup>108</sup>.

12) La Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral, du 8 juillet 1965, contient la disposition suivante (art. 10), relative à la clause de la nation la plus favorisée :

1. Les Etats contractants conviennent que les facilités et droits spéciaux accordés aux termes de la présente Convention aux Etats

sans littoral en raison de leur situation géographique particulière sont exclus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Un Etat sans littoral qui n'est pas partie à la présente Convention ne peut revendiquer les facilités et droits spéciaux accordés aux Etats sans littoral aux termes de la présente Convention qu'en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité conclu entre ledit Etat sans littoral et l'Etat contractant qui accorde lesdits droits spéciaux et facilités.

2. Si un Etat contractant accorde à un Etat sans littoral des facilités ou droits spéciaux supérieurs à ceux [qui sont] prévus par la présente Convention, ces facilités ou droits spéciaux pourront être limités audit Etat, à moins que le fait de ne pas les accorder à un autre Etat sans littoral n'enfreigne la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité conclu entre cet autre Etat sans littoral et l'Etat contractant qui accorde lesdits droits spéciaux ou facilités<sup>109</sup>.

Le préambule de cette convention réaffirme le septième principe adopté par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement à propos du commerce de transit des pays sans littoral :

Les facilités et les droits spéciaux accordés aux Etats sans littoral en raison de leur situation géographique spéciale ne rentrent pas dans le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée<sup>110</sup>.

Ce principe a son origine dans un projet d'article visant à l'exclusion de la validité de la clause de la nation la plus favorisée qui faisait partie d'un texte sur le droit de libre accès à la mer des Etats sans littoral présenté par la Tchécoslovaquie en février 1958 à la Conférence préliminaire d'Etats sans littoral. La proposition était assortie du commentaire ci-dessous :

Le droit fondamental du pays enclavé à l'accès de la mer, dérivant du principe de la liberté de la haute mer, constitue un droit spécifique à ce pays, droit qui dépend de la situation géographique naturelle de ce pays. Il va sans dire que, vu le caractère de ce droit, nul pays tiers ne peut le faire valoir en vertu de la clause de la nation la plus favorisée. L'exclusion des accords sur les conditions du transit, conclus entre les pays enclavés et les pays transitaires, de la sphère d'action de la clause de la nation la plus favorisée se trouve pleinement justifiée par le fait que ces accords dérivent justement de ce droit fondamental<sup>111</sup>.

Les rédacteurs de la convention se sont fondés sur ce principe VII, dont l'article 10 semble n'être qu'une application pratique. Pour apprécier la validité de l'article 10 à l'égard des Etats qui ne sont pas parties à la convention, il faut donc préciser la nature du « principe » sur lequel il repose. Ce principe dérive-t-il de règles du droit positif, ou d'une prise de position théorique? Le consensus auquel est arrivée la CNUCED suffit-il à en faire une règle du droit coutumier, ou s'agit-il seulement d'« une étape dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », d'une norme juridique imparfaite qui, pour devenir une

<sup>108</sup> *Ibid.*, vol. 597, p. 55.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>111</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. VII, Cinquième Commission (*Question du libre accès à la mer des pays sans littoral*) [publication des Nations Unies, numéro de vente: 58.V.4, Vol. VII], p. 82, doc. A/CONF.13/C.5/L.1, annexe VI, commentaire de l'article 8. Voir aussi le rapport du Groupe de travail à la Cinquième Commission (*ibid.*, p. 89, doc. A/CONF.13/C.5/L.16, par. 13).

<sup>106</sup> D. Vignes, *op. cit.*, p. 283 et 284; voir aussi A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, p. 478 à 484.

<sup>107</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 529, p. 143 et 145.

<sup>108</sup> *Ibid.*, vol. 197, p. 7.



véritable règle de droit international, doit être incorporée dans la pratique des Etats <sup>112</sup>?

13) Aucun auteur ne rejette expressément la règle proposée à l'article 8. L'un d'eux écrit:

La validité de la clause réservée est d'une appréciation délicate. *Res inter alios acta* à l'égard de l'Etat bénéficiaire, créancier du traitement le plus favorisé, on voit difficilement comment la clause réservée à laquelle il n'a pas adhéré peut réduire la portée des engagements souscrits à son égard par l'Etat concédant <sup>113</sup>.

Le même auteur tente de distinguer deux situations:

Si le traité consacrant les avantages privilégiés et portant à leur égard clause réservée est antérieur à la convention accordant le traitement le plus favorisé, on pourrait arguer, compte tenu de la nécessaire publicité des traités, que l'Etat bénéficiaire n'a pu ignorer les engagements pris par l'Etat concédant et la clause réservée qui les affecte. On admettrait ici une adhésion implicite de l'Etat bénéficiaire à la clause réservée. En revanche, s'agissant d'une clause réservée stipulée postérieurement aux clauses de la nation la plus favorisée, l'Etat concédant, qui n'a assorti ces dernières d'aucune stipulation en limitant la portée, ne peut *a posteriori* se soustraire à leur application en vertu d'un engagement, conclu avec l'Etat favorisé, auquel l'Etat bénéficiaire est resté étranger <sup>114</sup>.

Cette distinction semble toutefois injustifiée, et l'argumentation en faveur de la validité de la « clause réservée » stipulée antérieurement à la clause de la nation la plus favorisée ne s'appuie sur aucune règle du droit des traités. L'auteur cité renonce lui-même à cette idée et conclut:

On sait la solution qui a été [...] donnée par la Cour internationale de Justice [dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*]. Le traitement de la nation la plus favorisée trouve son titre dans le traité qui la stipule, et ce n'est que par référence que les avantages reconnus à l'Etat tiers s'appliquent à l'Etat bénéficiaire. La clause réservée n'est donc pas opposable à l'Etat bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée, puisque les droits du premier ne trouvent pas leur source dans le traité contenant la clause réservée <sup>115</sup>.

#### b) Traités multilatéraux

14) Il semble qu'il faille conclure de ce qui précède que la « clause réservée », c'est-à-dire la clause conventionnelle stipulant que l'Etat concédant et un ou plusieurs « Etats tiers » excluent expressément l'application d'une clause de la nation la plus favorisée, n'est pas opposable à l'Etat bénéficiaire de cette dernière. *A fortiori*, les traités entre Etat concédant et Etats tiers qui ne contiennent aucune stipulation expresse à cette fin ne sauraient affecter les droits de l'Etat bénéficiaire. Cependant, on ne manque pas de disputer si, dans un domaine déterminé des relations entre Etats, certains types d'accords ne devraient pas être exclus du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. Nous touchons ici à

la question des « traités plurilatéraux », et le lecteur voudra bien se reporter à une annexe du premier rapport du Rapporteur spécial, où est brièvement résumé un rapport succinct présenté par le secrétariat de la SDN en 1933 <sup>116</sup>. La CDI n'a fait qu'aborder cette question au cours de ses délibérations <sup>117</sup>, et il semble donc utile d'en retracer l'historique plus en détail. Sans vouloir remonter plus haut <sup>118</sup>, nous rappellerons que la question des accords plurilatéraux a été au premier plan des débats de la Conférence monétaire et économique mondiale de 1933. Une commission préparatoire d'experts avait présenté un « projet d'ordre du jour annoté » de la Conférence, où l'on peut lire le passage suivant:

De divers côtés, on a demandé avec insistance que les Etats prévoient une exception à la clause de la nation la plus favorisée, par laquelle les avantages résultant d'accords multilatéraux resteraient limités aux Etats contractants ainsi qu'aux Etats qui accorderaient par voie autonome des avantages équivalents. Cette proposition, qui a déjà été adoptée dans certains traités bilatéraux, devra, sans aucun doute, être attentivement étudiée. On fait valoir, à l'appui de cette proposition, qu'à défaut d'une semblable exception la conclusion de conventions collectives se heurterait à des obstacles insurmontables, l'application de la clause, en pareil cas, constituant une véritable prime à l'abstention. D'autre part, il y a lieu de se rappeler que les circonstances dans lesquelles se trouvent les divers pays diffèrent considérablement, de sorte que, dans bien des cas, certains Etats se trouveraient dans l'impossibilité de renoncer à l'application de la clause dans le cas des accords collectifs, alors qu'ils ignorent encore à quels accords pourrait ultérieurement s'appliquer cette renonciation et qu'ils ne peuvent prévoir les conséquences qui en résulteraient pour eux. Par ailleurs, si l'on créait des groupes de pays opposés les uns aux autres, on courrait le risque de voir s'aggraver les maux qu'on voulait précisément empêcher. On a enfin soutenu qu'il fallait éviter de porter atteinte aux droits des tiers.

En tout état de cause, la dérogation envisagée doit être subordonnée à la condition que les accords collectifs visés soient ouverts à l'adhésion de tous les Etats intéressés et que leur objet soit conforme à l'intérêt général. Parmi les conditions qui pourraient être prises en considération, on a mentionné une disposition d'après laquelle ces accords devraient être conclus sous les auspices de la Société des Nations ou des organismes qui en dépendent. En outre, ils ne devront pas comporter de nouvelles entraves aux échanges commerciaux dans les relations avec les pays bénéficiant de la clause de la nation la plus favorisée. Enfin, les « accords collectifs » ne pourront être considérés comme tels que dans des conditions à fixer, en ce qui concerne le nombre des Etats participants.

La Conférence devra rechercher sur l'ensemble de cette question une solution qui concilierait les intérêts de tous <sup>119</sup>.

15) Avant la Conférence de 1933, les pays européens avaient formulé des propositions en vue de l'application d'un régime dérogatoire en matière d'accords collectifs, propositions qui tendaient, sous une forme ou sous une autre, à lutter contre la concurrence commerciale

<sup>112</sup> Voir M. Virally, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », et S. Bastid, « Observations sur une étape dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », dans: Faculté de droit de l'université de Genève et Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, *Recueil d'études de droit international — En hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la « Tribune de Genève », 1968, p. 531 et 132.

<sup>113</sup> P. Level, *op. cit.*, p. 336, par. 20.

<sup>114</sup> *Ibid.*, par. 21.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 186 et 187, doc. A/CN.4/213, annexe I, « Relations entre les accords bilatéraux basés sur la clause de la nation la plus favorisée et les conventions économiques plurilatérales ».

<sup>117</sup> Voir *Annuaire... 1968*, vol. I, p. 192, 976<sup>e</sup> séance, par. 11.

<sup>118</sup> Voir J. Viner, *The Customs Union Issue*, Studies in the administration of international law and organization, n° 10, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, p. 22 et suiv.

<sup>119</sup> SDN, Conférence monétaire et économique, *Projet d'ordre du jour annoté soumis par la Commission préparatoire des experts* (C.48.M.18.1933.II [Conf. M.E. I]), p. 31 et 32.

américaine sur le marché européen<sup>120</sup>. Ces propositions s'étaient heurtées à l'opposition résolue des Etats-Unis. La situation évolua quelque peu lors de la Conférence de 1933, au cours de laquelle le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, M. Cordell Hull, précisa les conditions dans lesquelles les Etats-Unis accepteraient que les avantages résultant d'accords multilatéraux soient exclus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée.

La disposition proposée par M. Hull à la Conférence était la suivante :

Les gouvernements participants insistent pour que l'on accepte d'une manière générale le principe suivant : la règle de l'égalité n'exigera pas que l'on étende aux non-participants la réduction des tarifs ou des restrictions d'importation consentie en exécution d'accords plurilatéraux et permettant raisonnablement d'espérer qu'elle aboutira à une amélioration économique générale de la région commerciale intéressée, suffisante pour que les avantages en soient ressentis pas les pays d'une manière générale ; pourvu que lesdits accords :

- a) S'appliquent à une zone commerciale d'une importance assez grande ;
- b) Prévoient des réductions qui seront réalisées par voie de pourcentages uniformes de tous les taux tarifaires ou par toute autre formule d'une application également large ;
- c) Soient ouverts à l'adhésion de tous les pays ;
- d) Accordent le bénéfice des réductions à tous les pays qui, en fait, accorderont les concessions stipulées ; et
- e) Pourvu que les pays parties aux accords plurilatéraux ne relèvent pas d'une manière sensible, pendant la période de validité du traité plurilatéral, leurs barrières commerciales contre les importations de pays non parties auxdits accords<sup>121</sup>.

Cependant, la Conférence de Londres « n'était pas seulement condamnée à s'ajouter à la liste déjà longue des conférences économiques internationales qui avaient avorté, mais, le président Roosevelt ayant, dans un message retentissant, rejeté catégoriquement les propositions pour une stabilisation monétaire dont la Conférence était saisie, elle devait s'achever sans même que l'on fit les efforts habituels pour prétendre qu'elle avait fait œuvre utile<sup>122</sup> ». Un peu plus tard la même année, lors de la Conférence internationale américaine de Montevideo, M. Hull présenta un projet d'accord ayant de nombreux points communs avec la proposition qu'il avait soumise à la Conférence de Londres, et il en obtint l'adoption de principe.

16) La proposition des Etats-Unis aboutit à l'ouverture à la signature, le 15 juillet 1934, d'un accord concernant la non-application de la clause de la nation la plus favorisée à certaines conventions économiques multilatérales<sup>123</sup>. Cet accord dispose :

<sup>120</sup> Voir les détails dans Viner, *op. cit.*, p. 22 et suiv.

<sup>121</sup> SDN, Conférence monétaire et économique, *Rapports approuvés par la Conférence le 27 juillet 1933 et résolutions du Bureau et du Comité exécutif* (C.435.M.220.1933.II [Conf. M.E. 22 (1)]), p. 43.

<sup>122</sup> J. Viner, *op. cit.*, p. 36.

<sup>123</sup> Accord entre les Etats-Unis d'Amérique, l'Union économique belgo-luxembourgeoise, la Colombie, Cuba, la Grèce, le Guatemala, le Nicaragua et le Panama, en vue d'éviter que les obligations découlant de la clause de la nation la plus favorisée ne soient invoquées pour obtenir les avantages et bénéfices établis par certaines conventions économiques multilatérales (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, p. 9).

#### Article premier

Les Hautes Parties contractantes ne feront pas appel, dans leurs relations entre elles, sauf dans les cas prévus à l'article II du présent accord, aux obligations découlant de la clause de la nation la plus favorisée, dans le but de se procurer des pays parties à des conventions multilatérales du genre exposé ci-après les avantages ou bénéfices dont jouissent les parties à ces conventions.

Le présent article vise les conventions économiques multilatérales susceptibles d'une application générale, qui englobent une zone commerciale sensiblement étendue, qui ont pour objet de faciliter et de stimuler le commerce international ou d'autres relations économiques internationales, et auxquelles tous les pays sont admis à adhérer.

#### Article II

Nonobstant les dispositions de l'article premier, toute Haute Partie contractante peut demander à un Etat avec lequel elle aura un traité contenant la clause de la nation la plus favorisée l'observation de cette clause, pour autant que ladite Haute Partie contractante accorde en fait audit Etat les avantages qu'elle réclame.

Malgré la déclaration du Secrétaire d'Etat Hull citée devant la CDI<sup>124</sup>, la seule interprétation possible de cet accord semble bien être que selon ses auteurs, et sauf dispositions contraires, le traitement de la nation la plus favorisée inclut les avantages accordés dans les accords multilatéraux. (C'est également dans ce sens que Whiteman paraît interpréter la position adoptée par les Etats-Unis à cette époque<sup>125</sup>.) L'accord visait manifestement à créer par consentement mutuel une dérogation conventionnelle et, si possible, largement acceptée à la règle générale. L'expérience devait échouer, trois Etats seulement (et non pas deux, comme il est indiqué dans le premier rapport du Rapporteur spécial<sup>126</sup>) étant devenus parties à l'accord : Cuba, les Etats-Unis d'Amérique et la Grèce. On ne peut retenir le fait que, en signant l'accord *ad referendum*, l'ambassadeur de Belgique ait affirmé que ce document ne constituait pas une règle nouvelle et ne faisait que sanctionner ce qui était déjà une norme du droit international<sup>127</sup>. Ce que l'ambassadeur de Belgique considérait en 1935 comme une norme établie devait, en 1938, devenir l'objet d'une proposition du Premier Ministre de Belgique. M. van Zeeland, dans son rapport présenté à la demande des Gouvernements britannique et français, recommanda que

Des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée soient admises pour permettre des accords de groupe visant à abaisser les barrières tarifaires, sous réserve que ces accords soient ouverts à l'adhésion d'autres Etats<sup>128</sup>.

L'idée que la clause de la nation la plus favorisée ne donne pas droit au traitement résultant des stipulations de conventions commerciales multilatérales ouvertes à l'adhésion de tous les Etats a mené à la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session (Bruxelles, 1936)<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Pour référence, voir ci-dessus note 117.

<sup>125</sup> M. Whiteman, *op. cit.*, p. 765.

<sup>126</sup> *Annuaire...* 1969, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, par. 105.

<sup>127</sup> G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 293.

<sup>128</sup> SDN, *La politique commerciale entre les deux guerres: Propositions internationales et politiques nationales* (Sér. publ. de la SDN, 1942.II.A.6), p. 77.

<sup>129</sup> Voir paragraphe 7 de la résolution (*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II).

17) En ce qui concerne la doctrine, c'est un auteur japonais<sup>130</sup> qui a proposé qu'on fasse une distinction entre les « traités collectifs d'intérêt particulier » et les « traités collectifs d'intérêt général » concernant le commerce international et les tarifs douaniers. Les clauses de la nation la plus favorisée contenues dans des traités bilatéraux donneraient uniquement droit aux avantages prévus dans les conventions appartenant à la première catégorie, car, selon l'auteur, les traités appartenant à la deuxième catégorie étant ouverts à tous les Etats, il suffirait à ceux-ci d'y adhérer pour bénéficier des avantages qu'ils stipulent. Cette solution, en obligeant les Etats qui voudraient bénéficier des avantages d'un traité multilatéral à y adhérer et à assumer également les obligations qui en résultent, les placerait sur le même pied que les autres parties contractantes, alors que, si la clause de la nation la plus favorisée jouait, ces Etats pourraient se contenter de réclamer les avantages stipulés dans le traité multilatéral sans se soumettre aux obligations correspondantes<sup>131</sup>.

Cette théorie a été sévèrement critiquée par E. Allix, qui écrit, au sujet de l'argument fondé sur le caractère ouvert de certains traités multilatéraux :

Ici deux réponses se présentent : la première, c'est que, si la clause est inconditionnelle, elle va être transformée en clause conditionnelle, puisque le pays qui adhèrera au traité devra en assumer les obligations pour en recueillir les avantages. Prétendre qu'il y aurait immoralité à ce qu'il en fût autrement, c'est refaire le procès de la clause inconditionnelle, car elle aboutit toujours à conférer des avantages gratuits. Comment concilier, au surplus, la critique qu'on lui adresse à propos des traités plurilatéraux avec la recommandation faite par le Comité économique d'employer toujours la formule inconditionnelle ? D'autre part, il ne suffit pas que l'engagement qu'on a souscrit devienne gênant à un moment donné *pour qu'on puisse s'arroger le droit de le modifier*.

Enfin, qu'est-ce qu'un traité ouvert ? M. Ito évoque lui-même le cas d'un traité auquel seraient théoriquement admis tous les Etats qui le désireraient et dont les conditions seraient telles qu'elles ne pourraient être remplies, en fait, que par les premiers signataires.

Par ailleurs, ces conditions, même réalisables, sont loin d'être indifférentes. L'Etat qui adhèrera dans la suite au traité devra les accepter sans avoir pu les discuter. Les obligations dont on lui fera payer des avantages qui lui étaient dus gratuitement, si la clause était inconditionnelle, peuvent être plus gênantes pour lui que pour les autres pays. Il peut aussi avoir des raisons particulières de ne pas adhérer au traité. L'affiliation à un groupement même purement économique a toujours des répercussions politiques qui peuvent la lui interdire.

Mettre le pays auquel on a accordé la clause en demeure d'adhérer à une entente qui peut lui répugner, c'est agir un peu comme la personne qui dirait à son créancier : « Je vous avais promis de vous verser un million, mais je suis dispensé de vous le payer, car il vous est loisible d'épouser Mlle X, qui vous l'apportera en dot. »

Le fait qu'on retire, en l'espèce, tous les bénéfices de la clause aux pays envers qui on s'était lié ressort, au surplus, avec évidence de cette constatation qu'il se trouvera placé exactement sur le même pied que les pays qui n'avaient pas obtenu la promesse du traitement le plus favorable et qui pourront aussi bien que lui adhérer au traité ouvert.

<sup>130</sup> N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, Les Editions internationales, 1930.

<sup>131</sup> Voir, dans le même sens, G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 390.

Nous sommes ainsi amenés à conclure que la clause de la nation la plus favorisée fait bien obstacle à la négociation de traités plurilatéraux, et que cet obstacle ne peut être levé que par une réserve explicitement formulée dans l'acte qui l'a octroyée ou par le consentement amiable des Etats bénéficiaires de la clause<sup>132</sup>.

Rousseau écrit dans le même sens :

[...] l'exclusion [des avantages d'un traité collectif] de l'Etat partie au traité bilatéral, quels que soient les arguments d'opportunité qui militent en sa faveur, cadre difficilement avec la clause de la nation la plus favorisée et est en contradiction évidente avec les garanties d'égalité antérieurement données à l'Etat bénéficiaire de ladite clause. Sous couleur de déjouer les calculs égoïstes d'un Etat désireux d'obtenir à bon compte des avantages tarifaires, ne va-t-on pas commettre une immoralité pire en refusant à un cocontractant l'application d'une clause dont on lui avait à l'avance promis le bénéfice<sup>133</sup> ?

Rousseau conclut comme Allix :

Force est bien de reconnaître que, du point de vue de la technique juridique, cette dernière solution [réserve explicitement formulée ou consentement amiable des Etats bénéficiaires de la clause] était plus correcte, parce que plus soucieuse de respecter l'accord de volontés des Etats, seul fondement solide du droit positif<sup>134</sup>.

18) La pratique elle aussi prouve que le conflit entre les accords plurilatéraux et les obligations résultant des clauses de la nation la plus favorisée ne peut être résolu par la théorie d'Ito. La convention négociée à Ouchy et signée à Genève le 18 juillet 1932 par la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas disposait notamment que les parties ne relèveraient pas les droits existants et ne créeraient pas de nouveaux droits sur les importations provenant des autres parties signataires ; que les droits existants sur les importations provenant des autres Etats signataires seraient réduits de 50 %, à raison de 10 % par an ; qu'aucune nouvelle barrière ne serait ajoutée aux droits sur les importations provenant des autres Etats signataires ; et que la convention serait ouverte aux autres Etats et que les avantages en résultant seraient consentis aux Etats qui, sans y adhérer, en appliqueraient effectivement les clauses. La Belgique et les Pays-Bas, cependant, étaient liés par des traités commerciaux assortis de clauses de la nation la plus favorisée avec le Royaume-Uni et d'autres pays, et la Convention d'Ouchy ne devait entrer en vigueur qu'après que ces pays auraient renoncé à leurs droits. La Grande-Bretagne refusa de le faire, la Conférence d'Ottawa, tenue la même année, adopta une résolution déclarant que les accords régionaux ne devaient pas l'emporter sur les obligations résultant de la clause de la nation la plus favorisée, et les Etats-Unis d'Amérique ne répondirent pas à la demande qui leur avait été adressée. En conséquence, la convention devint caduque sans être jamais entrée en vigueur<sup>135</sup>. La Convention de La Haye, du 28 mai 1937, pour sa part, fut signée par les pays signataires de la Convention

<sup>132</sup> E. Allix, « Les aspects juridiques de la clause de la nation la plus favorisée », *Revue politique et parlementaire*, Paris, t. 148, juillet-septembre 1931, p. 231 et 232. [C'est le Rapporteur spécial qui souligne.]

<sup>133</sup> Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pédone, 1944, t. I, p. 777.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 778.

<sup>135</sup> J. Vinet, *op. cit.*, p. 30 et 31.

d'Ouchy et par la Norvège, la Suède, le Danemark et la Finlande. Cette convention fixait des taux tarifaires « obligatoires » et prévoyait la suppression de certaines restrictions quantitatives concernant les importations en provenance des parties contractantes, qui s'engageaient à ne pas fixer de contingents pour les produits pour lesquels il n'en existait pas déjà. Tous les Etats qui n'étaient pas parties à la convention étaient admis à y adhérer, selon des conditions à négocier avec les pays signataires. La Convention de La Haye entra bien en vigueur, mais les Pays-Bas refusèrent de la reconduire à la fin de la première année, et les autres Etats parties la laissèrent se prescrire. Là encore, l'échec provenait de ce que d'autres pays, et en particulier le Royaume-Uni, avaient insisté pour faire jouer la clause de la nation la plus favorisée<sup>136</sup>.

### c) Le GATT et les Etats non membres

19) L'Accord général du GATT ne contient aucune disposition semblable à celle du paragraphe 4 de l'article 98 de la Charte de La Havane<sup>137</sup>. La pierre angulaire de l'Accord général est une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée. L'Accord est ouvert à l'adhésion de tous les Etats, du moins selon certains auteurs<sup>138</sup>, qui interprètent ainsi le texte de l'article XXXIII, rédigé comme suit :

Tout gouvernement qui n'est pas partie au présent Accord [...] pourra adhérer au présent Accord [...] à des conditions à fixer entre ce gouvernement et les Parties contractantes. Les Parties contractantes prendront à la majorité des deux tiers les décisions visées au présent paragraphe<sup>139</sup>.

Quelle est la position des Etats tiers non membres du GATT? Peuvent-ils invoquer des clauses bilatérales de la nation la plus favorisée pour demander à bénéficier du traitement prévu par le GATT pour ses membres? Rien n'empêche de répondre à cette question par l'affirmative, et le fait que certains traités excluent expressément les avantages prévus par le GATT du domaine d'application de la clause, loin de contredire ce point de vue, ne fait que le confirmer<sup>140</sup>.

Le Groupe de travail du GATT des questions relatives à l'organisation et aux fonctions a examiné en 1955 les problèmes qui se posent lorsque des parties contractantes veulent étendre à des parties non contractantes, par la conclusion d'accords bilatéraux, les avantages résultant de l'Accord. On a fait observer à cette occasion que les parties non contractantes bénéficiaient fréquemment de tous les avantages de l'Accord sans avoir à en assumer les obligations. Malgré un certain mécontentement provoqué par cette situation, la majorité des membres du Comité s'est accordée à reconnaître que l'attitude de chacune des parties contractantes à cet égard ne relevait que d'elle-même<sup>141</sup>. Selon le manuel sovié-

tique de droit international, l'Autriche, après avoir adhéré au GATT, n'a pas étendu immédiatement les tarifs douaniers du GATT à l'Union soviétique, malgré le traitement de la nation la plus favorisée prévu par traité entre les deux pays. Ces tarifs n'ont été appliqués à l'URSS qu'à la demande expresse de celle-ci. Par contre, d'autres pays d'Europe occidentale ayant conclu avec l'Union soviétique des traités du même type ont fait bénéficier automatiquement les produits soviétiques des avantages prévus par le GATT<sup>142</sup>.

20) Dans l'*Affaire C. Tennant, Sons and Co., of New York c. Dill*<sup>143</sup>, jugée devant le tribunal de district du district sud de New York, la partie requérante a invoqué un accord commercial entre les Etats-Unis d'Amérique et le Paraguay prévoyant le traitement de la nation la plus favorisée pour les droits et les formalités douanières<sup>144</sup>. Elle cherchait à obtenir, en se fondant sur cette clause, les avantages de l'exception aux restrictions quantitatives que l'Accord général du GATT prévoit pour les marchandises « en cours de route » (par. 3, al. b, de l'article XIII)<sup>145</sup>. Grâce à cette exception, les marchandises en cours de route au moment où sont établies des restrictions quantitatives peuvent entrer dans le pays qui institue ces restrictions. Le Paraguay n'étant pas partie à l'Accord général, les requérants se fondaient sur l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée stipulé dans l'accord bilatéral. Le tribunal a rejeté la demande en 1957, mais seulement pour le motif que la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article I<sup>er</sup> de l'accord commercial avec le Paraguay, rédigée avec clarté et précision, s'appliquait aux droits de douane et dans d'autres domaines, mais ne contenait aucune disposition permettant de l'appliquer aux restrictions à l'importation comportant la fixation de contingents :

Il semble donc clair que la clause de la nation la plus favorisée figurant dans l'accord commercial avec le Paraguay n'a pas un caractère suffisamment général pour donner au Paraguay, et par là à la partie requérante, le droit aux avantages résultant de la disposition du GATT relative aux marchandises en cours de route<sup>146</sup>.

Ainsi, le jugement reconnaissait implicitement qu'il était possible d'invoquer une clause bilatérale pour demander à bénéficier des avantages du GATT, à condition que ceux-ci soient de même nature.

### d) Autres accords multilatéraux ouverts à l'adhésion, et Etats non parties

21) Avant de devenir partie à l'Accord du 22 novembre 1950 pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel (Accord de Florence)<sup>147</sup>, les Etats-Unis avaient réclamé pour les produits américains, au titre de clauses de la nation la plus favorisée, le même

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Voir ci-dessus par. 7.

<sup>138</sup> Voir E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 266.

<sup>139</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 62, p. 35.

<sup>140</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 267.

<sup>141</sup> Document GATT L/327, cité par K. Hyder (Hasan), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haye, Nijhoff, 1968, p. 78, note 2. Voir aussi *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 247, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 187.

<sup>142</sup> Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 270.

<sup>143</sup> 158 F. Supp.63 (S.D.N.Y. 1957), cité par M. Whiteman, *op. cit.*, p. 760 à 762.

<sup>144</sup> Accord du 12 septembre 1946 relatif aux échanges commerciaux (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 125, p. 179).

<sup>145</sup> *Ibid.*, vol. 55, p. 239.

<sup>146</sup> Voir M. Whiteman, *op. cit.*, p. 761 et 762.

<sup>147</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 131, p. 25.

traitement que celui que s'accordaient réciproquement les parties à l'Accord. C'est ainsi que, le 12 juin 1963, le Département d'Etat adressait les instructions suivantes à l'ambassade des Etats-Unis à Rome :

Etant donné la position désavantageuse dans laquelle les mesures du Gouvernement italien ont placé les exportations américaines de matériel scientifique par rapport aux exportations concurrentes, l'Ambassade pourrait aborder officieusement cette question avec les autorités italiennes compétentes. Ces discussions auraient pour but d'obtenir l'entrée en franchise du matériel de ce type qui est importé des Etats-Unis pour être vendu aux institutions agréées. En prenant contact avec le Gouvernement italien, l'Ambassade pourra faire observer que le paragraphe 1 de l'article XIV de notre traité avec l'Italie<sup>148</sup> et le paragraphe 1 de l'article I<sup>er</sup> de l'Accord général du GATT<sup>149</sup> prévoient le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée pour les produits américains. Ce traitement est soumis à certaines exceptions déterminées, mais l'Accord de Florence ne semble correspondre à aucune de ces exceptions. Si l'Italie autorise dans certaines conditions l'entrée en franchise du matériel scientifique provenant de quelque autre pays que ce soit, elle doit faire bénéficier du même traitement les importations de matériel scientifique américain<sup>150</sup>.

En présentant au Congrès le projet de loi nécessaire à l'entrée en vigueur de cet accord, le Gouvernement des Etats-Unis fit valoir que, selon lui, un pays non partie à l'Accord avait « droit, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, à la franchise douanière que s'accordent réciproquement les Etats parties à l'Accord ». Le gouvernement précisait sa position en ajoutant que, « au point de vue juridique, un pays non partie à l'Accord a droit à ce traitement en vertu de toute clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée le liant à une partie audit accord », tout en reconnaissant que certaines parties à l'Accord donneraient peut-être une réponse différente à la même question<sup>151</sup>.

Le 21 octobre 1957, lors d'une réunion d'experts gouvernementaux sur l'Accord pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel (tenue à Genève du 21 au 29 octobre 1957), le représentant de la France exposa les vues ci-après :

M. Roisin (France) rappelle que les dispositions de l'article I<sup>er</sup>, paragraphe 1, ne sont applicables qu'aux objets visés dans les annexes A, B, C, D et E de l'Accord et qui sont des produits d'un autre Etat contractant. La France accorde néanmoins la franchise, quel que soit le pays d'origine ou de provenance des envois. Elle estime en effet que, par le jeu de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée inscrite dans les accords commerciaux qu'elle a conclus avec la plupart des pays, et compte tenu par ailleurs des engagements figurant à l'alinéa a de l'article IV de l'Accord, il ne doit être fait à l'égard des objets visés aucune distinction d'origine ou de provenance. Le Gouvernement français aimerait savoir si cette interprétation est admise par les autres Etats contractants<sup>152</sup>.

L'article IV, al. a, de l'Accord de Florence susmentionné prévoit que les parties « s'engagent, dans toute la mesure du possible [...] à poursuivre leurs efforts communs afin de favoriser par tous les moyens la libre circulation » des

objets sur lesquels porte l'accord et « d'abolir ou de réduire toutes restrictions à cette libre circulation qui ne sont pas visées par le présent Accord<sup>153</sup> ».

#### e) Traités multilatéraux non ouverts à l'adhésion

22) Les exemples donnés ci-dessus semblent suffire à prouver que la règle envisagée à l'article 8, étant conforme au droit général des traités, est valable, et qu'un accord — exprès ou implicite — entre l'Etat concédant et un Etat tiers ne peut priver l'Etat bénéficiaire des droits dont il jouit en vertu de la clause. L'étude réalisée dans ce domaine repose principalement, sinon exclusivement, sur la pratique et la doctrine en matière de traités multilatéraux ouverts à l'adhésion conclus dans le cadre du commerce international. Au sujet des traités de ce type, on a invoqué certains arguments fondés sur une conception erronée de la nature de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, en se référant à une certaine pratique qui tendrait à faire exception à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. Toutefois, après examen approfondi de la pratique et de la doctrine des Etats, on a conclu qu'« il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit<sup>154</sup> » qui justifierait l'élaboration d'une règle excluant les traités multilatéraux ouverts à l'adhésion — ou plutôt les avantages résultant de ces traités — du champ d'application des clauses de la nation la plus favorisée. Les arguments tendant à exclure les avantages prévus par certains traités commerciaux multilatéraux reposaient sur le fait que ces traités sont ouverts à l'adhésion, de sorte que l'Etat bénéficiaire aurait la possibilité d'adhérer à ces traités et de jouir ainsi des avantages reconnus à tout signataire. En examinant — et en rejetant — cet argument, on est amené à conclure qu'il est encore plus impossible d'accepter une dérogation quelconque à l'application des clauses de la nation la plus favorisée figurant dans les traités qui ne sont pas ouverts à l'adhésion. Il convient néanmoins d'étudier cette question plus à fond, étant donné surtout que l'on propose encore, dans certains cas, d'exclure du champ d'application de la clause les avantages octroyés dans le cadre de groupements économiques d'Etats qui ne sont pas ouverts à la signature des pays non parties, et l'on avance différentes théories pour faire reconnaître ces exceptions. On se contentera à ce sujet de se référer au paragraphe 7 de la résolution de 1936 de l'Institut de droit international<sup>155</sup> et à la résolution que celui-ci a adoptée à Edimbourg le 10 septembre 1969<sup>156</sup>. En ce qui concerne la résolution de 1936, Vignes a fait observer à juste titre qu'elle va beaucoup plus loin que le Rapporteur (Nolde) ne l'avait prévu à l'origine, et que l'exception des arrangements régionaux (« accords mutuels et exclusifs entre Etats, impliquant l'organisation de régimes économiques d'un caractère régional ou continental ») n'a été adoptée que par 19 voix contre

<sup>148</sup> Traité d'amitié, de commerce et de navigation, signé à Rome le 2 février 1948 (*ibid.*, vol. 79, p. 226).

<sup>149</sup> *Ibid.*, vol. 55, p. 197, et vol. 138, p. 337.

<sup>150</sup> Voir M. Whiteman, *op. cit.*, p. 766 et 767.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 767.

<sup>152</sup> Document UNESCO/MC/34/SR.1-11, p. 10, cité par M. Whiteman, *op. cit.*, p. 768.

<sup>153</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 131, p. 31.

<sup>154</sup> Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 277.

<sup>155</sup> Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II; et P. Pescatore, *loc. cit.*, p. 1 à 159.

<sup>156</sup> Voir ci-dessous annexe.

14<sup>157</sup>. Tout en pensant que cette résolution avait un « caractère très progressif », Vignes ajoute :

On peut s'interroger sur le bien-fondé de telles exceptions. Elles sont très largement formulées, et la pratique subséquente ne semble pas les avoir reconnues, du moins d'une manière universelle<sup>158</sup>.

Quant à la résolution de 1969, et sans vouloir aborder le problème capital évoqué à l'alinéa *a* du paragraphe 2, on peut dire sans trop s'avancer que l'alinéa *b* du paragraphe 2 n'a qu'une importance limitée: d'abord parce qu'il porte uniquement sur les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les conventions multilatérales relatives au commerce international, et ensuite « car il n'est pas indiqué qu'il s'agisse d'une exception de plein droit<sup>159</sup> ». Cette disposition semble moins viser à établir un principe juridique d'ordre général qu'à fournir un élément de solution à certains problèmes particuliers, tels que la compatibilité du Traité de Rome, instituant la Communauté économique européenne<sup>160</sup>, avec les règles de l'Accord général du GATT. Les prochaines études envisagées devront manifestement s'étendre à des questions délicates comme le « fameux problème de l'union douanière et de la zone de libre-échange, [...] ce problème si compliqué et toujours si actuel<sup>161</sup> », et s'attarder en outre sur les rapports entre la règle proposée pour l'article 8 et les exceptions conventionnelles et coutumières à la clause de la nation la plus favorisée.

<sup>157</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1936, Paris, vol. 39, 1936, t. II, p. 83.

<sup>158</sup> D. Vignes, *op. cit.*, p. 270.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>160</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 294, p. 17.

<sup>161</sup> M. Virally, « Le principe de réciprocité... » (*loc. cit.*), p. 76.

#### Annexe

Résolution adoptée le 10 septembre 1969 par l'Institut de droit international à sa session d'Edimbourg (4-13 septembre 1969)<sup>a</sup>

#### II. — LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE DANS LES CONVENTIONS MULTILATÉRALES (Quatrième Commission)

*L'Institut de droit international,*

Rappelant la résolution votée au cours de sa quarantième session (1936) sur « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en

<sup>a</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Bâle, vol. 53, t. II, p. 361 et 362.

matière de commerce et de navigation », spécialement en ce qui concerne le caractère inconditionnel de la clause, l'automatisme et l'étendue de ses effets, ainsi que le respect du principe de la bonne foi dans son application;

*Considérant* la nécessité de revoir les problèmes soulevés par l'application et l'interprétation de la clause en raison de la profonde mutation intervenue depuis cette époque dans les rapports internationaux par l'effet de l'introduction, dans le domaine des relations économiques, des pratiques du multilatéralisme et des méthodes institutionnelles, à l'échelle tant mondiale que régionale, compte tenu des différences entre les systèmes économiques pratiqués par les différents Etats ainsi que des exigences d'une politique favorable à la promotion économique des pays en voie de développement;

*Ayant pris connaissance* du rapport approfondi élaboré sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales par M. Pierre Pescatore, rapporteur de la Quatrième Commission, et des prises de position des membres de celle-ci;

*Reconnaissant* les nombreux avantages qui résultent, pour l'efficacité de la clause, de l'insertion du principe du traitement de la nation la plus favorisée dans des systèmes multilatéraux de caractère institutionnel;

*Tenant compte* du fait que l'étude du sujet, si elle devait aboutir à des conclusions complètes, amènerait l'Institut à prendre position sur divers problèmes encore largement ouverts et controversés dont la solution exige, au premier chef, des décisions politiques;

1. *Prend acte* du rapport et de ses conclusions, en remerciant le Rapporteur et les membres de la Commission de la contribution qu'ils ont, par là, apportée à l'étude du problème posé;

2. *Souligne particulièrement*, en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales intéressant le commerce international, l'importance des points suivants:

*a)* La clause ne doit pas empêcher l'établissement d'un traitement préférentiel en faveur de pays en voie de développement, au moyen d'un système généralisé de préférences accordées suivant des critères objectifs.

*b)* Les Etats bénéficiaires de la clause ne doivent pas pouvoir invoquer celle-ci pour réclamer un traitement identique à celui que s'accordent mutuellement les Etats participant à un système régional d'intégration.

*c)* Il importe de lier la faculté de déroger à la clause à des garanties d'ordre institutionnel et procédural adéquates, telles que celles données par un système multilatéral.