

Document:-
A/CN.4/280

Cinquième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor, Rapporteur spécial - Projet d'articles (articles 6 bis à 16), accompagné de commentaires (suite)

sujet:
Clause de la nation la plus favorisée

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1974, vol. II(1)

*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.4/280

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

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

*[Original : anglais]
[26 avril 1974]*

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Liste des abréviations</i>	120
Article 6 <i>bis</i> . — Effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée	120
Article 6 <i>ter</i> . — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques	120
Commentaire des articles 6 <i>bis</i> et 6 <i>ter</i>	120
Article 6 <i>quater</i> . — Respect des lois et règlements de l'État concédant	123
Commentaire	123
Article 7 <i>bis</i> . — Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant aux personnes et quant aux biens	125
Commentaire	125
Article 9. — Clause du traitement national	127
Article 10. — Traitement national	127
Commentaire des articles 9 et 10.	127
Article 10 <i>bis</i> . — Traitement national dans les États fédéraux	128
Commentaire	129
Article 11. — Effet d'une clause inconditionnelle de traitement national	129
Article 12. — Effet d'une clause de traitement national sous condition d'avantages réciproques	129
Commentaire des articles 11 et 12	129
Article 13. — Droit de l'État bénéficiaire au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée	129
Commentaire	129
Article 14. — Cumul du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée	131
Commentaire	132
Article 15. — Date à laquelle la clause de la nation la plus favorisée prend effet	133
Commentaire	133
Article 16. — Extinction ou suspension de l'effet d'une clause de la nation la plus favorisée	135
Commentaire	135

* Pour les projets d'articles 1 à 8, voir les troisième et quatrième rapports.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CIJ	Cour internationale de Justice
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
SDN	Société des Nations

Article 6 bis. — Effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée

1. Par une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit à un traitement non moins favorable que celui que l'Etat concédant accorde à un Etat tiers, sans avoir l'obligation d'accorder en contrepartie le même traitement à l'Etat concédant.

2. Le paragraphe précédent s'applique que l'Etat concédant ait accordé le traitement en question à un Etat tiers avec ou sans contrepartie ou sous condition d'avantages réciproques.

Article 6 ter. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques

1. Par une clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit à un traitement non moins favorable que le traitement que l'Etat concédant accorde à un Etat tiers que s'il accorde en contrepartie le même traitement à l'Etat concédant.

2. Le paragraphe précédent s'applique que l'Etat concédant ait accordé le traitement en question à un Etat tiers avec ou sans contrepartie ou sous condition d'avantages réciproques.

COMMENTAIRE DES ARTICLES 6 bis ET 6 ter

1) Les articles 6 bis et 6 ter précisent la règle proposée à l'article 6¹. Si ces articles étaient adoptés, le libellé de l'article 6 pourrait se réduire à son premier membre de phrase: «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».

¹Voir *Annuaire...* 1973, vol. II, p. 96, doc. A/CN.4/266.

2) L'article 6 pose d'abord une simple présomption, qui découle clairement des règles générales d'interprétation, mais qui suppose aussi que, aux fins de la codification des règles existantes du droit international relatives à la clause de la nation la plus favorisée, on n'a affaire qu'à deux sortes de clauses: la clause inconditionnelle et la clause assortie d'une disposition selon laquelle l'Etat bénéficiaire ne peut réclamer les avantages accordés par l'Etat concédant à un Etat tiers que si l'Etat bénéficiaire accorde à l'Etat concédant des avantages réciproques².

3) L'article 6 bis a pour but d'expliquer comment opère une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée. Cette explication est d'autre part utile car la définition n'est pas très simple. Dans la plupart des cas, la promesse du traitement le plus favorisé est en effet bilatérale ou multilatérale. Elle est donc en réalité liée à des avantages réciproques. Cependant, la promesse d'accorder le traitement le plus favorisé ne devient pas conditionnelle du seul fait qu'elle est assortie en contrepartie d'une promesse du bénéficiaire de traiter aussi le concédant sur la base de la nation la plus favorisée, c'est-à-dire d'une réciprocité formelle. Ce qui donne à une clause de la nation la plus favorisée un caractère conditionnel (en le soumettant à la condition d'avantages réciproques) est le fait qu'elle soit assortie d'une promesse de réciprocité du traitement de la nation la plus favorisée qui prévoit que ce traitement n'est dû que si les Etats bénéficiaires correspondants accordent à leur tour non seulement une réciprocité formelle mais des avantages réciproques, c'est-à-dire que l'Etat concédant accorde à l'Etat bénéficiaire (en ce qui concerne les ressortissants de cet Etat, etc.) les mêmes avantages qu'il attend de lui (en ce qui concerne ses propres ressortissants, etc.). Ce qu'une clause inconditionnelle promet et prévoit est un traitement égal à celui qui est accordé aux tiers. Dans le cas d'une clause sous condition d'avantages réciproques, le concédant promet également d'accorder au bénéficiaire un traitement égal au traitement qu'il accorde à tout Etat tiers, mais seulement à condition que le concédant (en ce qui concerne ses ressortis-

²*Ibid.*, p. 98 à 100, art. 6, par. 11 à 17 et 21 du commentaire.

sants, etc.) reçoive en fait du bénéficiaire les mêmes avantages que ce dernier s'attend (en ce qui concerne ses ressortissants, etc.) à recevoir du concédant.

4) L'article 6 *bis* — comme tous les autres articles — est fondé sur l'hypothèse selon laquelle, dans toute clause conventionnelle de la nation la plus favorisée — à l'exception du cas relativement rare des avantages unilatéraux —, chaque partie est en même temps Etat concédant et Etat bénéficiaire, c'est-à-dire que, dans le cas d'un traité bilatéral, il y a au moins deux promesses de réciprocité³. Il s'ensuit que, dans le cas d'une clause bilatérale, le bénéfice du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée accordé en contrepartie d'un traitement analogue n'est pas considéré comme étant une « condition » dans ce contexte, bien qu'il tende en fin de compte à cette fin. (Si une partie cesse d'accorder ce traitement, l'autre partie peut, par représailles, mettre fin au traitement de contrepartie.) Une clause ne devient conditionnelle que si la promesse de traitement de la nation la plus favorisée est liée à quelque autre condition que celle d'une promesse réciproque du traitement (inconditionnel) de la nation la plus favorisée. Cette autre condition, pouvant revêtir en principe quelque forme que ce soit, peut être toute circonstance ou tout avantage (prestation) de la part du bénéficiaire. En pratique, cependant, la condition dont dépend la promesse revient à ce que l'Etat bénéficiaire doit accorder en contrepartie un traitement identique ou analogue à l'Etat concédant. Le paragraphe 1 de l'article 6 *bis* peut donc ne pas apparaître satisfaisant sur le plan de principe. De ce point de vue, il conviendrait de remplacer le dernier membre de phrase, « sans avoir l'obligation... », par les mots « sans condition d'aucune sorte ». Cependant, pour éviter une règle ayant le défaut d'être une définition tautologique et en raison de considérations pratiques⁴, le Rapporteur spécial a décidé de proposer provisoirement ce paragraphe sous son libellé actuel.

5) On peut classer d'une manière analogue non seulement les clauses mais aussi les avantages accordés par l'Etat concédant aux Etats tiers : ces avantages peuvent être accordés unilatéralement comme un don — théoriquement tout au moins — ou en échange d'une contrepartie quelconque. Par exemple, l'Etat X réduit ses tarifs sur les oranges qu'il importe de l'Etat Y en contrepartie d'une réduction des tarifs de l'Etat Y sur les textiles que celui-ci importe de l'Etat X. Si l'Etat X a pris l'engagement d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée à l'Etat A, il doit accorder à ce dernier la même réduction de tarifs sur les oranges qu'il importe de cet Etat que sur celles qu'il importe de l'Etat Y, et il n'a pas le droit de demander en contrepartie à l'Etat A une réduction des tarifs de ce dernier sur les textiles qu'il importe de l'Etat X ou tout autre avantage.

6) On peut naturellement considérer que l'accord passé entre l'Etat X (Etat concédant) et l'Etat Y (Etat tiers) exposé ci-dessus — c'est-à-dire une réduction réciproque des tarifs en ce qui concerne les oranges d'une part et les textiles de l'autre — porte sur des avantages concrets, dans ce sens que l'accord peut être fondé sur un calcul précis des avantages réciproques qu'en tirent les deux parties. Il ne s'agit cependant pas de la stipulation d'avantages réciproques comme il

y a lieu de l'entendre aux fins du présent rapport. Pour expliquer cette notion, il faut quitter le domaine du commerce et des tarifs douaniers, où il est relativement rare qu'il y ait une équivalence parfaite d'avantages réciproques : deux Etats contractants exportent et importent rarement les mêmes marchandises ou produits en provenance ou à destination de l'un ou de l'autre. Il y a lieu de rappeler qu'on s'attend à des avantages réellement réciproques (réciprocité trait pour trait) dans les traités sur les immunités et les fonctions consulaires, en matière de droit international privé, dans les traités d'établissement, etc. Les parties contractantes peuvent s'y accorder mutuellement les mêmes immunités pour leurs ressortissants respectifs, les mêmes facilités concernant l'accès aux tribunaux et les mêmes exonérations relatives au dépôt d'une *cautio judicatum solvi*, etc.

7) De ce point de vue et en les simplifiant aux fins du présent rapport, les cas possibles qu'il y a lieu d'examiner entrent dans l'une des quatre catégories suivantes :

a) Une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée et des avantages accordés à un Etat tiers sans condition d'avantages réciproques ou de toute autre contrepartie ;

b) Une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée et des avantages accordés à un Etat tiers sous condition d'avantages réciproques réels ou de toute autre contrepartie ;

c) Une clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques et des avantages accordés à un Etat tiers sans condition d'avantages réciproques ou de toute autre contrepartie ; et

d) Une clause de la nation la plus favorisée analogue à celle de l'alinéa c et des avantages accordés à un Etat tiers sous condition d'avantages réciproques ou d'une autre contrepartie.

Les cas a et b sont visés à l'article 6 *bis*, et les cas c et d à l'article 6 *ter*.

8) La situation est relativement simple si, dans le cas d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, les avantages en question, c'est-à-dire ceux qui sont accordés par l'Etat concédant à un Etat tiers, ne sont pas eux-mêmes assortis de la condition d'avantages réciproques (cas a). S'ils le sont, la question se pose alors de savoir si l'octroi d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée permet de bénéficier sans contrepartie d'avantages accordés sous condition d'avantages réciproques. En d'autres termes, un Etat bénéficiant d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée peut-il prétendre aux avantages que l'Etat concédant a accordés à un Etat tiers sous condition d'avantages réciproques quand bien même, de son côté, l'Etat bénéficiaire n'offre pas la réciprocité à l'Etat concédant pour les avantages qu'il revendique ?

9) Sur ce point, la pratique est contradictoire. Les tribunaux ont parfois retenu des solutions différentes de celles que l'on propose à l'article 6 *bis*. C'est ainsi qu'en 1919 la plus haute juridiction argentine a rejeté un recours introduit contre une décision du Tribunal supérieur de Santa Fe et a déclaré

[...] Que si le requérant se réfère aux pouvoirs conférés aux consuls par les traités conclus avec la Grande-Bretagne en 1825 (art. 13) et avec le Royaume de Prusse et les Etats du Zollverein allemand en 1857 (art. 9), pouvoirs qu'il considère comme devant être étendus aux consuls du Royaume d'Italie en vertu de la clause de la nation la plus favorisée incluse dans les conventions conclues avec ce

³ *Ibid.*, p. 217, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, B, art. 2, par. 4 du commentaire.

⁴ Voir ci-dessus par. 2.

royaume, même ce précédent, à supposer qu'il ait valeur de précédent, n'influerait aucunement sur la solution du problème de droit fédéral en question. Et ce tout d'abord parce que, s'agissant de concessions consenties sous condition de réciprocité, il aurait fallu démontrer que le Gouvernement italien les accordait ou était disposé à les accorder aux consuls argentins...⁵

10) En 1922, un tribunal allemand a rejeté un recours formé par un demandeur français contre une décision lui enjoignant de fournir une caution *judicatum solvi* à l'occasion d'une action qu'il avait intentée contre un ressortissant allemand. Selon l'article 110 du Code allemand de procédure civile, les étrangers qui se portaient demandeurs devant les tribunaux allemands devaient, si le défendeur le requérait, fournir une caution *judicatum solvi*. Cette disposition ne s'appliquait pas aux étrangers dont l'Etat national n'exigeait pas des citoyens allemands demandeurs devant ses tribunaux qu'ils fournissent une caution *judicatum solvi*. Par l'article 291, alinéa 1, du Traité de Versailles, l'Allemagne s'était engagée

à assurer de plein droit aux puissances alliées et associées, ainsi qu'aux fonctionnaires et ressortissants desdites puissances, le bénéfice de tous les droits et avantages, de quelque nature que ce soit, qu'elle a pu concéder à l'Autriche, à la Hongrie, à la Bulgarie ou à la Turquie, ou concéder aux fonctionnaires et ressortissants de ces Etats, par traités, conventions ou accords, conclus avant le 1^{er} août 1914, aussi longtemps que ces traités, conventions ou accords resteront en vigueur.

Il existait entre l'Allemagne et la Bulgarie un traité qui prévoyait, sur une base de réciprocité, l'exemption de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi*. Dans une note communiquée à l'Allemagne en avril 1921, le Gouvernement français avait informé le Gouvernement allemand qu'il entendait se prévaloir des dispositions pertinentes de ce traité. Le demandeur n'avait pas apporté la preuve qu'en France les ressortissants allemands étaient exemptés de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi* dans le cas de procédures intentées contre des ressortissants français. La Cour supérieure de district a jugé que l'appel devait être rejeté. L'article 291 du Traité de Versailles, a-t-elle estimé, n'obligeait pas l'Allemagne à accorder aux ressortissants français des avantages plus étendus que ceux qui étaient accordés aux ressortissants de l'ancienne Puissance centrale. Selon la Cour, le traité conclu avec la Bulgarie reposait sur le principe de la réciprocité, et dès lors que la France n'accordait pas, à titre de réciprocité, le même traitement, ses ressortissants n'avaient pas droit à l'exemption de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi*⁶.

11) La pratique des tribunaux français semble différer des jurisprudences argentine et allemande dont il vient d'être question. Bien qu'il comporte un certain nombre de références au droit interne français, l'exemple qui suit illustre la conception française du problème que l'on étudie.

Les frères Betsou, ressortissants grecs, avaient loué à Paris, en 1917, des locaux à usage commercial. Le bail expirait en 1926. Les propriétaires ayant refusé le renouvellement du bail, les demandeurs ont réclamé 200 000 francs d'indemnité d'éviction. Leur réclamation était fondée sur les dispositions de la loi du 30 juin 1926, qui accordait certains privilèges aux commerçants. A l'appui de leurs récla-

mations tendant à bénéficier des privilèges conférés par cette loi en dépit de leur nationalité étrangère, ils invoquaient la convention franco-hellénique du 8 septembre 1926 et, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, le traité franco-danois du 9 février 1910, le Danemark étant à cet égard la nation la plus favorisée. L'article 19 de la loi de 1926 disposait que les étrangers ne devaient avoir droit au bénéfice des privilèges prévus par cette loi que sous réserve de réciprocité.

Le Tribunal civil de la Seine s'est prononcé en faveur des demandeurs et a déclaré que, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, les ressortissants grecs jouissaient en France des mêmes privilèges, en matière de commerce et d'industrie, que les ressortissants danois. Le traité franco-danois disposait que, dans l'exercice de leurs activités commerciales, les Danois jouiraient de tous les privilèges que la législation pourrait ultérieurement conférer aux ressortissants français. La loi du 30 juin 1926 accordait incontestablement des privilèges à ceux qui exerçaient une activité commerciale. Bien que l'article 19 de cette loi érigeât en règle absolue et impérative l'exigence de la réciprocité en matière législative et bien qu'il n'y ait pas eu au Danemark de législation en matière de propriété commerciale, le droit français devait être interprété conformément au traité franco-danois. Les ressortissants danois ne sauraient être privés de leurs droits et privilèges par une législation française ultérieure. Selon le Tribunal, une convention entre nations constituée, au même titre qu'un contrat entre particuliers, un engagement réciproque qui doit être respecté de part et d'autre tant que cette convention n'est pas dénoncée ou qu'un nouveau traité ne vienne restreindre les effets du contrat primitif.

La Cour d'appel de Paris, infirmant la décision du Tribunal civil de la Seine, a déclaré que les frères Betsou ne pouvaient prétendre à un droit au renouvellement de leur bail. La loi de 1926 indiquait clairement que le droit à la propriété commerciale était interprété comme « un droit civil *stricto sensu* », c'est-à-dire comme un droit soumis aux dispositions de l'article 11 du Code civil, en vertu duquel les étrangers ne jouissent de droits en France que sous réserve de réciprocité dans le traitement réservé à l'étranger aux ressortissants français. Il était bien précisé, dans le traité franco-danois, que les ressortissants des deux Etats ne jouiraient des droits et privilèges prévus que dans la mesure où ces droits et privilèges seraient compatibles avec la législation en vigueur dans les deux Etats, et la législation danoise ne reconnaissait pas aux étrangers le droit à la propriété commerciale au Danemark⁷.

12) Selon un important auteur français, la solution retenue par la juridiction inférieure, c'est-à-dire le Tribunal civil de la Seine, était justifiée. Pour cet auteur,

La réciprocité (qu'il s'agisse de celle de l'art. 11 du Code civil ou de celle résultant d'une clause de réciprocité) est une réciprocité concrète. Au contraire, la clause de la nation la plus favorisée, lorsqu'elle est bilatérale, institue une sorte de réciprocité abstraite⁸.

13) Une décision grecque, rapportée comme suit, fournit une motivation convaincante à l'appui de la solution proposée à l'article 6 *bis*.

⁵ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 116 et 117, doc. A/CN.4/269, note 2.

⁶ *Ibid.*, p. 128 et 129, par. 24 et 25.

⁷ *Ibid.*, p. 130, par. 28 à 30.

⁸ P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », dans *Encyclopédie Dalloz - Droit international*, Paris, Dalloz, 1968, t. 1, p. 338.

La Convention d'établissement et de protection juridique conclue entre la Grèce et la Suisse le 1^{er} décembre 1927 dispose, dans son article 9, que

En aucun cas les ressortissants de chacune des parties contractantes ne seront soumis, sur le territoire de l'autre partie, à des charges ou à des droits, impôts, taxes ou contributions, de quelque nature que ce soit, autres ou plus élevés que ceux qui sont ou pourront être imposés aux ressortissants de la nation la plus favorisée.

L'article 11, qui concerne les sociétés commerciales, industrielles, agricoles ou financières valablement constituées d'après la législation de l'une des parties contractantes et ayant leur siège sur son territoire, dispose que ces sociétés « jouiront, à tous égards, du traitement accordé aux sociétés similaires de la nation la plus favorisée » et que elles ne seront astreintes, notamment, à aucune contribution ou redevance fiscale, de quelque dénomination ou de quelque espèce que ce soit, autres ou plus élevées que celles qui sont ou seront perçues de sociétés de la nation la plus favorisée.

La requérante, en l'espèce, était une société suisse dont le siège social se trouvait à Genève et qui prétendait être exemptée de l'impôt sur le revenu en invoquant à l'appui la Convention anglo-grecque de 1936 relative à l'exemption réciproque de l'impôt sur le revenu concernant certains bénéficiaires ou gains de personnes morales. Aux termes de cette convention, les bénéficiaires ou les gains obtenus en Grèce soit par une personne résidant en Grande-Bretagne, soit par une personne morale administrée et dirigée en Grande-Bretagne, échappaient à l'impôt sur le revenu sous réserve de réciprocité. Il a été jugé que la requérante avait droit à l'exemption fiscale. Le Conseil d'Etat a statué comme suit :

Attendu que, dans les traités économiques notamment, la clause de la nation la plus favorisée a pour but de prévenir le péril que la situation des sujets des Etats contractants ne devienne éventuellement désavantageuse en comparaison de celle des sujets d'autres Etats, sur le domaine de la concurrence économique internationale. Grâce au mécanisme de cette clause, chacun des deux Etats contractants d'une part accorde à l'autre les avantages qu'il a déjà accordés à un Etat tiers, et d'autre part assume l'obligation de lui accorder tout avantage qu'il accorderait à un Etat tiers à l'avenir, pendant la durée du traité. L'acquisition de ce dernier avantage au profit du bénéficiaire de la clause a lieu — pour autant que le contraire n'a pas été stipulé dans l'accord — *ipso jure*, sans l'obligation pour lui de procurer une contrepartie additionnelle, même si les concessions faites au profit de l'Etat tiers ne sont pas unilatérales, mais sont soumises à la condition de réciprocité. Interprétée dans cet esprit, la clause assure la réalisation du but dans lequel elle a été instituée, savoir l'assimilation dans chacun des deux Etats, pour les questions que la clause concerne, des sujets ou des entreprises de l'autre Etat aux sujets ou aux entreprises d'un tiers pays favorisé.

Attendu qu'en l'occurrence la clause de la nation la plus favorisée contenue dans la Convention gréco-helvétique a été stipulée pure et simple, sans restrictions ni conditions onéreuses, et comme telle elle donne aux entreprises suisses travaillant en Grèce le droit à l'exemption fiscale aux conditions auxquelles la même exemption est accordée aux entreprises britanniques, mêmes si les entreprises grecques ne jouissent pas en Suisse de la faveur dont elles jouissent en Grande-Bretagne. En conséquence, l'arrêt attaqué [...] doit, pour cela, être cassé [...].

14) L'article 6 *ter* n'appelle pas de longue explication. Il clarifie simplement le fonctionnement de la clause condi-

tionnelle sous réserve d'avantages réciproques sans entrer dans l'examen détaillé des difficultés d'interprétation que soulève ce point¹⁰. On estime, au sujet du paragraphe 2 de l'article, qu'il s'ensuit de ce qui précède que, du point de vue du fonctionnement d'une clause conditionnelle sous réserve d'avantages réciproques, peu importe que l'avantage accordé par l'Etat concédant à l'Etat tiers ait été ou non octroyé sous réserve d'avantages réciproques.

Article 6 quater. — Respect des lois et règlements de l'Etat concédant

Sans préjudice du droit au traitement de la nation la plus favorisée acquis par l'Etat bénéficiaire en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, les personnes et les biens jouissant des avantages qui découlent de ce traitement sont soumis aux lois et règlements de l'Etat concédant.

COMMENTAIRE

1) Une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée permet à l'Etat bénéficiaire d'exercer les droits visés dans la clause — ou d'en jouir — sans contrepartie et sans aucune condition. Normalement, ces droits s'appliquent aux ressortissants, navires, produits, etc., de l'Etat bénéficiaire. L'expression « sans aucune condition » signifie dans ce contexte qu'un droit de l'Etat bénéficiaire (ou le droit dérivé de ses ressortissants, navires, produits, etc.) ne peut être rendu tributaire de la jouissance ou de l'exercice de ce droit par l'Etat concédant (ses ressortissants, ses navires, ses produits, etc.) sur le territoire de l'Etat bénéficiaire. L'élément d'inconditionnalité ne peut cependant pas être interprété largement comme dispensant l'Etat bénéficiaire (c'est-à-dire ses ressortissants, navires, produits, etc.) de l'obligation de respecter les lois et règlements internes de l'Etat concédant tout comme un Etat tiers (c'est-à-dire ses ressortissants, produits, etc.) serait tenu et contraint de s'y conformer.

2) L'affaire ci-après, sur laquelle la Cour de cassation française a statué récemment, illustre bien l'idée sous-jacente à l'article 6 *quater*.

En application de l'article 1^{er} du décret-loi du 12 novembre 1938, le demandeur, ressortissant italien, a été condamné au motif qu'il n'avait pas, en sa qualité d'étranger, obtenu la carte de commerçant étranger. Il a soutenu qu'il n'était pas tenu d'en posséder une, car, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'accord franco-italien du 17 mai 1946, il était en droit d'invoquer la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, qui a donné aux ressortissants espagnols le droit d'exercer une activité commerciale en France. Le Procureur de la République a soutenu que la convention franco-espagnole ne dispensait pas les ressortissants espagnols de l'obligation d'obtenir une

¹⁰ Voir *Annuaire...* 1973, vol. II, p. 139 et 140, doc. A/CN.4/269, par. 58 et 59.

¹⁰ *Ibid.*, p. 98 et 99, doc. A/CN.4/266, art. 6, par. 16 du commentaire, et H. Batiffol, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 213 à 216.

carte d'identité de commerçant, et que, aux termes d'une lettre du Ministre français des affaires étrangères du 15 avril 1957, qui lie les tribunaux, les ressortissants étrangers autorisés à invoquer des traités leur accordant le droit de commercer en France étaient cependant tenus d'obtenir une carte de commerçant étranger. Le pourvoi a été rejeté. La Cour a déclaré :

que l'arrêt, au vu de la lettre du 15 avril 1957 du Ministre des affaires étrangères, [...] constate que la jouissance du droit de faire le commerce en France, reconnu aux étrangers par des conventions internationales, ne dispense pas pour son exercice de remplir la condition nécessaire en même temps que suffisante d'être titulaire d'une carte d'identité de commerçant, qu'il en est notamment ainsi des Italiens en application de l'accord franco-italien du 17 mai 1946 ;

[...] qu'en statuant ainsi, l'arrêt a justifié sa décision sans violer aucun des textes visés au moyen ;

[...] que si les conventions diplomatiques ne peuvent être interprétées que par les parties contractantes, cette interprétation est réservée pour la France au Gouvernement français, qui a seul qualité pour fixer le sens et la portée d'un acte diplomatique ; que, d'autre part, l'accord franco-italien du 17 mai 1946 ayant prévu pour les ressortissants italiens le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée, la convention du 7 janvier 1862 passée entre la France et l'Espagne, dont le demandeur se réclame et qui est applicable aux Italiens pour l'exercice des professions commerciales, doit, suivant l'interprétation donnée par le Ministre des affaires étrangères, être entendue en ce sens que si la réglementation applicable aux étrangers ne saurait, sans enfreindre les dispositions de la convention, avoir pour objet et pour résultat de restreindre la jouissance des droits que la convention confère aux ressortissants espagnols, l'obligation pour un commerçant espagnol d'être détenteur d'une carte spéciale n'affecte pas la jouissance des droits qui lui sont reconnus par la convention, mais seulement les conditions d'exercice de ces droits, et que la possession d'une carte de commerçant, en ce qui concerne l'étranger assimilé au national, est par suite une condition nécessaire en même temps que suffisante pour l'admettre au régime applicable aux nationaux [...]¹¹.

3) Parfois, la clause elle-même se réfère à la législation de l'Etat concédant et stipule expressément que les droits en question doivent être exercés de manière « conformes au droit » de cet Etat. C'était le cas dans l'affaire résumée ci-après.

Lors de son décès, le *de cuius* résidait dans l'Etat de New York. Il est décédé intestat. Il était ressortissant et sujet du Royaume d'Italie et tous ses parents résidaient en Italie. Il n'avait laissé aucun parent résidant dans l'Etat de New York et il a été affirmé, dans la demande, qu'il n'y avait pas de créanciers. Le demandeur était le Consul général du Royaume d'Italie. L'« administrateur public », bien qu'il ait été dûment assigné, a fait défaut. Le demandeur a prétendu se voir reconnaître le droit d'administrer la succession sans verser de caution, et ce par préférence à l'administrateur public ; il a fondé sa réclamation sur les dispositions du traité conclu en matière consulaire entre les Etats-Unis et l'Italie en 1878. L'ordonnance d'administration a été accordée. La Cour a déclaré :

Tout en admettant que, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les dispositions du traité avec l'Italie en matière de droits, prérogatives, immunités et privilèges des consuls généraux, la disposition contenue dans le traité conclu avec la

République Argentine le 27 juillet 1853 [¹²] devient partie intégrante du traité avec l'Italie, je ne trouve rien dans cette disposition qui justifie la conclusion que l'on souhaite voir adopter. Un droit d'intervenir « conformément à la législation » de l'Etat de New York est quelque chose de très différent de celui qui permettrait d'écarter la législation de l'Etat et de priver le personnage auquel a été confiée l'administration des biens des personnes ici domiciliées qui ne laissent aucun proche parent dans le territoire de l'Etat du droit et du devoir d'administrer leurs avoirs. Et dès lors que, en vertu des lois de l'Etat, un administrateur est tenu de fournir une caution évaluée en fonction de la valeur de ces avoirs, aucune disposition du traité ne confère au consul, à cet égard, d'immunité qu'il pourrait obtenir en se contentant d'affirmer, en substance, qu'il n'a connaissance de l'existence d'aucune dette. [...] En conséquence, le demandeur pourra être nommé administrateur lorsqu'il aura fourni la garantie habituelle, et ce en application de notre droit local et parce que l'administrateur public a refusé d'agir¹³.

4) Il arrive aussi que l'obligation de respecter le droit interne de l'Etat concédant soit stipulée dans une disposition distincte du traité contenant la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, par exemple, l'Accord commercial à long terme de 1962 entre l'Union soviétique et la République arabe unie comporte la disposition suivante (art. 6) :

L'échange de marchandises entre l'URSS et la RAU s'effectuera conformément aux dispositions du présent Accord ainsi qu'aux lois et règlements régissant les importations et les exportations dans les deux pays, sous réserve que ces lois et règlements s'appliquent à tous les pays¹⁴.

5) La règle proposée à l'article 6 *quater* est formulée comme suit par un auteur allemand :

Les conditions attachées à l'octroi d'un type particulier de traitement plus favorable revendiqué en vertu de la clause de la nation la plus favorisée ne doivent pas être confondues avec la forme conditionnelle de la clause. Ce dont il s'agit ici, ce n'est pas du traitement réciproque au sens de la clause conditionnelle, mais des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de ce traitement plus favorable (p. ex. un certificat d'aptitude requis d'un étranger pour qu'il puisse exercer une profession, des certificats d'origine ou d'analyse comme preuve de l'origine et pour la classification douanière des marchandises). Ces conditions de fait doivent cependant avoir un lien objectif avec l'avantage accordé et ne doivent pas servir de prétexte à une discrimination cachée¹⁵.

La dernière phrase de la citation met en lumière la nécessité de la bonne foi. Il va de soi que cette exigence n'est pas limitée à cette situation particulière.

6) Bien qu'il soit question dans les commentaires et les précédents de clauses inconditionnelles de la nation la plus favorisée, il semble aller de soi que la règle proposée s'applique également à des clauses de la nation la plus favorisée

¹² Article IX du Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Argentine :

« Dans l'hypothèse où tout ressortissant de l'une des deux parties contractantes décéderait intestat dans n'importe lequel des territoires de l'autre Etat, le consul général ou le consul de l'Etat auquel le défunt appartenait, ou le représentant de ce consul général ou de ce consul en son absence, auront le droit d'intervenir à propos de la possession, de l'administration et de la liquidation judiciaire de la succession du défunt, conformément à la législation du pays, à l'avantage des créanciers et des héritiers légaux. »

¹³ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 151 et 152, doc. A/CN.4/269, par. 89.

¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, p. 75.

¹⁵ G. Jaenicke, dans K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^e éd. [Schlochauer], Berlin, de Gruyter, 1961, vol. II, p. 499.

¹¹ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 141, doc. A/CN.4/269, par. 63.

assorties de conditions d'avantages réciproques. La règle proposée reste donc libellée en termes généraux et n'établit pas de différenciation entre les deux types de clauses.

7) La règle proposée à l'article 6 *quater* présente une certaine analogie avec l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁶, l'article 55 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁷, et l'article 47 de la Convention sur les missions spéciales¹⁸. Ses racines vont cependant plus loin, jusqu'au principe de la souveraineté et de l'égalité des Etats. Il va de soi que, au-delà des limites des privilèges octroyés par un Etat, ses lois et règlements doivent être généralement observés sur son territoire.

Article 7 bis. — Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant aux personnes et quant aux biens

1. Les catégories de personnes ou de biens qui bénéficient du traitement de la nation la plus favorisée en vertu du droit que l'Etat bénéficiaire tire d'une clause de la nation la plus favorisée sont limitées aux catégories de personnes ou de biens expressément visées dans la clause ou dans le traité dans lequel elle est stipulée ou implicitement concernées par le domaine de relations convenu auquel la clause s'applique.

2. Parmi les personnes ou les biens définis au paragraphe 1, l'Etat bénéficiaire peut revendiquer le bénéfice du traitement de la nation la plus favorisée pour ceux qui

a) appartiennent à la même catégorie de personnes ou de biens que la catégorie de personnes ou de biens à laquelle l'Etat concédant accorde des avantages en vertu du droit acquis par un Etat tiers et

b) se trouvent, avec l'Etat bénéficiaire, dans le même rapport que celui dans lequel cette dernière catégorie se trouve avec un Etat tiers.

COMMENTAIRE

1) Il aurait été plus simple de ne mentionner dans le titre de l'article que la portée de la clause «quant aux personnes¹⁹». Par souci de précision, on a choisi un titre un peu plus développé.

2) L'article est un corollaire de la règle *ejusdem generis*, et son bien-fondé semble aller de soi. Quant au point de savoir si la règle de l'article 7 bis n'est pas déjà contenue dans la règle *ejusdem generis* énoncée à l'article 7, le Rapporteur spécial estime qu'il n'en est rien. Alors que la règle *ejusdem generis* détermine la matière sur laquelle porte la clause, le but de l'article 7 bis est de préciser les catégories de personnes et de biens au profit desquels l'Etat bénéficiaire peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée. (On a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'introduire une dispo-

sition particulière pour traiter du cas, peu fréquent, dans lequel le traitement est dû à l'Etat bénéficiaire lui-même, c'est-à-dire à ses ambassades.)

3) Que dit la règle *ejusdem generis*? On se reportera au projet d'article 7, qui figure dans le quatrième rapport²⁰, ou encore à la définition de Fitzmaurice citée dans le deuxième rapport :

les clauses conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peuvent s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités en ce qui concerne les mêmes matières ou la même catégorie de matière²¹.

Ainsi donc, en ce qui concerne la matière, le droit qu'une clause de la nation la plus favorisée confère à l'Etat bénéficiaire est assujéti à une double limitation : d'une part par la clause elle-même, qui concerne toujours une certaine matière²², et ensuite par le droit conféré à l'Etat tiers par l'Etat concédant.

4) La situation est analogue, mais pas identique, pour ce qui est des sujets au profit desquels l'Etat bénéficiaire peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée. Ces catégories de personnes, navires, produits, etc., peuvent être précisées dans le texte de la clause elle-même, mais il n'en est pas nécessairement ainsi. Parfois, la clause déclarera simplement que le traitement de la nation la plus favorisée est accordé à l'Etat bénéficiaire en ce qui concerne les droits de douanes, ou en matière de commerce, de navigation maritime ou d'établissement, etc., sans que l'on précise pour autant les personnes ou les biens qui jouiront du traitement de la nation la plus favorisée. Lorsqu'un tel cas se présente, la mention du domaine dans lequel joue la clause révèle implicitement la catégorie de personnes et de biens au profit desquels l'Etat bénéficiaire peut exercer ses droits. C'est ce que déclare le paragraphe 1.

5) Au paragraphe 2, on s'efforce de préciser le fonctionnement de la clause. A l'alinéa a, on tente d'expliquer que l'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour la catégorie précise de personnes ou de biens (commerçants, personnes voyageant pour des raisons afférentes au commerce, personnes détenues, sociétés commerciales, navires, navires en détresse ou naufragés, produits, biens, textiles, blé, sucre, etc.) qui bénéficie ou peut bénéficier d'un certain traitement, de certains avantages, en vertu du droit acquis par un Etat tiers. On explique ensuite, à l'alinéa b, que les personnes et les biens pour lesquels on revendique le traitement de la nation la plus favorisée (ressortissants, résidents du pays, sociétés ayant leur siège dans le pays, sociétés constituées selon le droit du pays, sociétés contrôlées par des ressortissants, biens importés, biens fabriqués dans le pays, produits originaires du pays, etc.)²³ doivent se trouver, avec l'Etat bénéficiaire, dans le même rapport que celui dans lequel les per-

²⁰Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 100, doc. A/CN.4/266.

²¹*Annuaire... 1970*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 68.

²²A de très rares exceptions près, on ne rencontre pas aujourd'hui de clause qui ne soit pas limitée à un certain domaine de relations, tel par exemple que le commerce, l'établissement, la navigation maritime. Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 221, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, B, art. 4, par. 14 et 15 du commentaire.

²³*Ibid.*, p. 223, art. 5, par. 3 du commentaire.

¹⁶Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

¹⁷*Ibid.*, vol. 596, p. 261.

¹⁸Résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale, annexe.

¹⁹On trouve cette expression («personal scope») sous la plume de G. Schwarzenberger dans «The most favoured-nation standard in British practice», *The British Year Book of International Law*, 1945, Londres, vol. 27, p. 107.

sonnes et les biens servant de référence se trouvent avec l'Etat tiers.

6) Le cas exposé ci-après, tiré de la jurisprudence française, peut aider à illustrer le projet de règle :

Alexandre Serebriakoff, ressortissant russe, a intenté une action contre la dame d'Oldenbourg, également ressortissante russe, alléguant la nullité d'un testament aux termes duquel elle avait la qualité de légataire. Après qu'elle eut acquis la nationalité française par naturalisation, la défenderesse a obtenu de la Cour d'appel de Paris une décision *ex parte* ordonnant à Serebriakoff de verser une caution de 100 000 francs. Serebriakoff a fait appel de cette décision en soutenant notamment qu'il était dispensé du dépôt d'une caution par les dispositions du Traité franco-russe du 11 janvier 1934. La Cour a jugé que l'appel devait être rejeté. Elle a déclaré :

Considérant que le décret du 23 janvier 1934 ordonnant la mise en application provisoire de l'accord commercial conclu le 11 janvier 1934 entre la France et l'URSS [...] est sans application en l'espèce; que vainement Alexandre Serebriakoff en invoque le bénéfice; que si, en effet, cet accord prévoit, à titre de réciprocité, le libre et facile accès aux tribunaux français pour les sujets russes, l'avantage ainsi accordé à ceux-ci est strictement limité aux commerçants et industriels; que cette constatation résulte inéluctablement tant de l'ensemble du traité que de chacune de ces dispositions envisagées séparément; que ce traité a pour titre « accord commercial »;

Que les différents articles qui le composent confirment cette dénomination, et que notamment l'article 9, spécialement invoqué par Serebriakoff, déterminant les bénéficiaires de ces dispositions, débute en ces termes: « Sans préjudice de toutes stipulations ultérieures, les commerçants et industriels français, personnes physiques ou personnes morales constituées conformément à la loi française, seront aussi favorablement traités que les ressortissants de la nation la plus favorisée... »²⁴

7) Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de la Seine a jugé que la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans la convention franco-britannique du 28 février 1882, complétée par un échange de lettres interprétatives des 21 et 25 mai 1929, clause dont on prétendait qu'elle autorisait les ressortissants britanniques à se réclamer du traité prévoyant l'assimilation des étrangers aux nationaux, ne s'appliquait qu'aux sujets britanniques établis en France. Le Tribunal a déclaré que

[...] [un ressortissant] britannique qui se domicilie en Suisse ne peut invoquer une convention d'établissement qui n'accorde le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée qu'aux sujets anglais établis en France et ayant donc la possibilité d'y exercer une activité rémunérée à titre permanent²⁵.

8) Le projet d'article 7 *bis* est rédigé de telle manière qu'il énonce implicitement la règle qui s'applique à la notion controversée d'« articles similaires » ou de « produits similaires ». Il n'est pas rare que les traités de commerce prévoient expressément qu'en matière de droits de douanes ou autres taxes les produits, biens, articles, etc., de l'Etat bénéficiaire bénéficieront des mêmes avantages que ceux qui sont accordés aux produits similaires, etc., de l'Etat tiers²⁶. Il

est évident que, même en l'absence d'une telle disposition expresse, l'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour les biens précisés dans la clause ou appartenant à la même catégorie que les biens bénéficiant du traitement de la nation la plus favorisée en vertu du droit acquis par l'Etat tiers. C'est ce que tente notamment d'exprimer la règle de l'article 7 *bis*.

9) On ne propose pas à la Commission de s'aventurer dans le dédale de la notion de « produits similaires ». Ce n'est qu'à titre d'information que l'on mentionne ce qui suit. Au sujet du sens précis qu'a cette expression lorsqu'elle apparaît dans des traités de commerce, Hawkins écrit :

Dans des cas semblables, on peut procéder par comparaison des qualités intrinsèques des biens considérés. Une telle méthode éviterait de classer des articles en se fondant sur leurs qualités extérieures. Si des produits sont intrinsèquement semblables, on doit les considérer comme des produits similaires; leur appliquer des taux de taxation différents reviendrait à violer la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, dans l'affaire de la vache suisse, déjà citée, la question se pose de savoir si une vache élevée à une certaine altitude est « similaire » à une vache élevée à une altitude inférieure. Si l'on applique le critère des qualités intrinsèques, on obtient une réponse simple à la question. Les vaches sont intrinsèquement semblables, et une classification tarifaire fondée sur des considérations aussi étrangères à la chose que l'endroit où les vaches sont élevées est manifestement destinée à opérer une discrimination en faveur d'un pays déterminé²⁷.

Dans d'autres situations, l'utilisation du critère des qualités intrinsèques ferait clairement apparaître le bien-fondé d'une classification. On peut imaginer le cas suivant : selon la réglementation des Etats-Unis d'Amérique en la matière, les pommes sont taxables et les bananes sont exemptées de droit. S'il existe entre le Canada et les Etats-Unis un traité qui prévoit que les produits de chaque partie ne bénéficieront en aucun cas d'un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux « produits similaires » d'un pays tiers, quel qu'il soit, le Canada pourra soutenir que les pommes ne doivent pas être taxées. Toute prétention de ce type devrait se fonder sur l'argument selon lequel les bananes et les pommes étant les unes et les autres destinées au même but (c'est-à-dire à être mangées), elles sont des « articles similaires ». Dans un tel cas, l'utilisation du critère de la qualité intrinsèque permettrait de régler rapidement la question, puisque les pommes et les bananes sont des produits intrinsèquement différents²⁸.

10) Il ressort d'un échange de vues qui a eu lieu à la Commission préparatoire de la Conférence internationale du commerce et de l'emploi que les difficultés tenant à l'interprétation de l'expression ne sont pas insurmontables lorsque les parties intéressées agissent de bonne foi.

[...] le représentant des Etats-Unis a déclaré :

« Cette expression figure dans la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans plusieurs traités. Il n'en existe pas de définition précise, mais le Comité économique de la Société des Nations a indiqué dans un rapport que *produits de même nature signifiait quasiment identiques à un autre produit* [...] »

Toutefois, pour le représentant du Royaume-Uni, l'absence de définition « n'empêche pas le jeu des traités commerciaux, et je

²⁴*Ibid.*, p. 133, doc. A/CN.4/269, par. 40.

²⁵*Ibid.*, p. 148, par. 78.

²⁶Voir article I^{er}, par. 1, de l'Accord général du GATT, cité dans le deuxième rapport (*Annuaire... 1970*, vol. II, p. 236, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 144).

²⁷Au sujet de l'affaire des vaches suisses, voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 174, doc. A/CN.4/L.127, par. 31; ainsi que les observations critiques de la FAO citées dans le deuxième rapport (*Annuaire... 1970*, vol. II, p. 237, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 148).

²⁸H.C. Hawkins, *Commercial Treaties and Agreements: Principles and Practice*, New York, Rinehart, 1951, p. 93 et 94.

pense qu'elle n'empêcherait pas le fonctionnement de notre charte en attendant que l'OIC [Organisation internationale du commerce] puisse se saisir de cette question et l'étudier comme il est souhaitable. Je ne pense pas que nous puissions suspendre toute autre activité jusqu'à l'établissement de cette étude.»

et le représentant de l'Australie a fait observer d'autre part :

« Quiconque s'intéresse tant soit peu à l'administration douanière sait de quelle manière cette question des *produits similaires* tend à se régler. La solution consiste, dans la pratique, en un système de classification tarifaire, et des différends s'élèvent de temps à autre sur le point de savoir si un bien est correctement classé dans la catégorie dans laquelle on l'a placé. L'Organisation offrant une procédure de règlement des différends, je pense que ce problème finira par se résoudre de lui-même²⁹. »

Article 9. — Clause du traitement national

La clause du traitement national désigne la disposition conventionnelle par laquelle un Etat s'engage à accorder le traitement national à un autre Etat dans un domaine convenu de relations.

Article 10. — Traitement national

Le traitement national désigne l'application par l'Etat concédant aux personnes ou aux biens se trouvant dans un rapport déterminé avec l'Etat bénéficiaire d'un traitement non moins favorable qu'aux personnes ou aux biens ayant le même rapport avec lui-même.

COMMENTAIRE DES ARTICLES 9 ET 10

1) Il existe un lien étroit entre la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national. Ces clauses apparaissent souvent côte à côte dans les traités et sont parfois combinées³⁰. Pour cette raison, et parce qu'il souhaite pouvoir traiter des questions importantes soulevées par le cumul de ces deux clauses³¹, le Rapporteur spécial se permet de soumettre ces deux articles et les articles suivants.

2) Le traitement national signifie, selon Wickersham, que les ressortissants de l'une des parties contractantes seront traités dans les domaines convenus, sur le territoire de l'autre partie contractante, exactement comme s'ils étaient les ressortissants de cette dernière. Autrement dit, le traitement national prévient toute discrimination entre les ressortissants des parties contractantes pour ce qui est des domaines stipulés dans le traité³².

3) Le principal champ d'application du traitement national est généralement le traitement des étrangers. Le droit de

pratiquer une religion, de se livrer à des activités commerciales, industrielles, financières et autres à des fins lucratives, d'acquérir de louer des biens ou d'en disposer, la protection des œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, certains secteurs de la sécurité sociale, l'imposition, le droit d'accès aux tribunaux, l'exemption de la caution *judicatum solvi*, ne sont que des exemples de domaines dans lesquels le traitement national peut être prévu — mais ne l'est pas obligatoirement.

4) Les clauses du traitement national sont également utilisées dans les traités conclus dans le domaine économique, auquel cas, généralement, elles ne concernent pas exclusivement le traitement des personnes physiques ; elles peuvent aussi porter sur le traitement de personnes morales, de sociétés, de marchandises, de produits, etc. Une clause du traitement national de l'Accord général du GATT (art. III, par. 4) est ainsi conçue :

Les produits du territoire de toute partie contractante [...] ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. [...] ³³

5) Le traitement national ne s'appliquerait pas aux droits de douane sur les importations et les exportations, parce que les produits d'origine nationale ne sont bien entendu pas importés³⁴ et que les produits étrangers ne sont pas exportés³⁵. En revanche, parce que les navires entrent dans les ports de leur pays d'origine et dans les ports étrangers tout comme les navires des autres pays, et leur font concurrence, les clauses du traitement national sont fréquentes dans ce domaine.

6) Le traitement national (ou « parité interne » [« inland parity »]) et le traitement de la nation la plus favorisée (ou « parité extérieure » [« foreign parity »]) sont tous les deux antidiscriminatoires, c'est-à-dire qu'ils garantissent l'un comme l'autre l'égalité. La différence entre les deux régimes tient au choix du critère qui sert à mesurer l'égalité. En concédant la parité interne, un pays place les ressortissants d'un pays étranger sur le même plan que *ses propres ressortissants*, et non pas que ceux d'un pays étranger³⁶.

7) On admet généralement à l'heure actuelle qu'en matière de commerce international l'application d'un traitement égal sur la base de la clause de la nation la plus favorisée satisfait aux exigences de l'égalité formelle, mais impliquerait en fait un traitement manifestement discriminatoire contre les membres les plus faibles de la communauté internationale³⁷.

²⁹J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, p. 260 et 261. Des extraits de rapports du Comité économique de la SDN sont annexés au premier rapport du Rapporteur spécial (v. *Annuaire...* 1969, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I).

³⁰Voir ci-dessous par. 11.

³¹Voir ci-dessous art. 13 et 14.

³²Rapport de G.W. Wickersham au Comité d'experts pour la codification progressive du droit international de la SDN (C.205.M.79. 1927), cité dans L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7^e éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1948, vol. I, par. 580, note n° 2.

³³GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1), p. 6.

³⁴Depuis que les régimes coloniaux ont pratiquement disparu, le cas exceptionnel du commerce « colonial » a perdu toute actualité.

³⁵Voir W. McClure, « German-American commercial relations », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 19, n° 4 (octobre 1925), p. 692, cité par G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, p. 157, note 121.

³⁶R. 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. 11.

³⁷Voir *Annuaire...* 1973, vol. II, p. 224, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, B, art. 5, par. 9 du commentaire.

Lorsqu'il s'agit de systèmes qui reposent sur la libre entreprise, on peut faire valoir des arguments du même ordre, voire plus convaincants, contre l'égalité formelle que les clauses du traitement national établissent entre des ressortissants et des sociétés de pays à niveau de développement économique différent, en ce qui concerne le commerce et d'autres branches de l'économie où joue la concurrence.

8) Voici ce que Usenko écrit à ce sujet :

L'établissement d'une égalité de droits entre les étrangers et les ressortissants nationaux, fruit des révolutions bourgeoises, représentait indubitablement un progrès. Pourtant, dans la mesure où cette assimilation ne concernait pas seulement la protection de la vie, de la liberté, des biens et de l'honneur des étrangers, dans la mesure où elle ne leur conférait pas seulement la capacité juridique nécessaire à la satisfaction des besoins physiques et spirituels de l'individu, mais portait également sur les activités commerciales et industrielles (dans une structure capitaliste, il ne pouvait pas en être autrement), cette assimilation portait en elle dès le début des contradictions profondes. Si les étrangers disposent de plus de capitaux que les industriels et les commerçants autochtones, il ne fait pas de doute que, profitant de « l'égalité de droits », ils occuperont au bout d'un certain temps des positions dominantes dans le pays. Le développement du capitalisme est allé dans le sens d'un remplacement rapide, sur le plan des activités économiques, de l'étranger-personne physique par l'étranger-personne morale (grandes sociétés par actions et autres). Dans ces conditions, il est manifeste que l'extension du traitement national au domaine des relations économiques interétatiques prive pratiquement l'industrie et le commerce nationaux du pays le plus faible de la protection de l'Etat national contre la concurrence d'un capital étranger plus puissant. [...] En substance, dans un régime capitaliste, le traitement national aboutit par conséquent à offrir d'excellentes occasions à la partie la plus forte.

Tout ce qui précède explique suffisamment pourquoi les Etats socialistes ont une position de principe défavorable à l'égard du traitement national dans le domaine des relations économiques internationales³⁸.

9) Pour ce qui est de l'application des clauses du traitement national dans les traités entre Etats socialistes, Usenko écrit ce qui suit :

Pourtant, l'attitude généralement défavorable des Etats socialistes à l'égard d'une application étendue du traitement national dans le domaine des relations économiques internationales n'exclut pas son utilisation dans leurs relations réciproques ni dans leurs relations avec des pays tiers dans les secteurs concrets où cette application ne peut pas avoir de conséquences préjudiciables — et en plus se trouve pleinement justifiée. Pour des motifs humanitaires, les Etats socialistes accordent le traitement national, par exemple, en cas d'assistance en mer.

Certains traités de commerce accordent également le traitement national (en combinaison avec le régime de la nation la plus favorisée) pour ce qui est de la perception de taxes et droits internes sur les marchandises importées. On trouve un exemple de cette façon de résoudre le problème dans l'article 4 du Traité de commerce et de navigation entre l'URSS et la Hongrie, du 15 juillet 1947 [39] :

« En ce qui concerne l'application aux marchandises de l'une des Parties contractantes des droits intérieurs qui, dans le terri-

toire de l'autre Partie contractante, grèvent la production, la fabrication, la circulation ou la consommation des mêmes marchandises, chaque Partie contractante s'engage à appliquer le traitement prévu pour ses marchandises indigènes, ou le traitement de la nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux pour l'autre Partie. »

La question est résolue de façon analogue dans les traités de commerce conclus entre l'URSS d'une part et la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Roumanie d'autre part⁴⁰.

10) Du point de vue technique, la clause de la nation la plus favorisée constitue un renvoi à un autre traité, tandis que la clause du traitement national est un renvoi au droit national⁴¹.

11) Un même traité peut prévoir à la fois la « parité interne » (traitement national) et la « parité extérieure » (traitement de la nation la plus favorisée), en accordant le traitement national sur certains points et le traitement de la nation la plus favorisée sur d'autres. C'est ainsi, par exemple, que la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés⁴² accorde à tout réfugié le traitement national en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution *judicatum solvi* (art. 16), et le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle salariée (art. 17).

12) Le cas où le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont stipulés à l'égard d'une même question est traité séparément⁴³.

13) Les articles 9 et 10 sont rédigés suivant le modèle des articles 4 et 5 adoptés par la Commission⁴⁴. La raison de l'emploi, à l'article 10, de l'expression « aux personnes ou aux biens se trouvant dans un rapport déterminé » (avec un Etat) est la même que celle qui est exposée au paragraphe 3 du commentaire de l'article 5.

14) Contrairement à l'article 5, l'article 10 ne se réfère pas au traitement d'un Etat. Il ne semble pas qu'il existe de pratique pouvant fonder une telle référence.

15) Si les articles 9 et 10 sont retenus par la Commission, il y aura lieu de faire des modifications appropriées, entre autres à l'article 2, où les expressions « Etat concédant » et « Etat bénéficiaire » ne sont définies qu'en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée et le traitement de la nation la plus favorisée.

Article 10 bis. — Traitement national dans les Etats fédéraux

Lorsque l'Etat concédant est un Etat fédéral et que le traitement accordé aux personnes ou aux biens dans le cadre de relations convenues n'est pas le même dans tous les Etats fédérés dudit Etat, le traitement national désigne l'application aux personnes ou aux biens se trouvant, dans un des Etats fédérés de l'Etat concédant, dans un rapport déterminé avec l'Etat bénéficiaire d'un traitement non

³⁸E.T. Usenko, *Formy regulirovaniya sotsialisticheskogo mejdunarodnogo razdeleniya trouda* [Modes de régulation de la division internationale socialiste du travail], Moscou, Mejdunarodnyye otnosheniya, 1965, p. 251 et 252 (éd. allemande : *Sozialistische internationale Arbeitsteilung und ihre rechtliche Regelung*, Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1966, p. 211).

³⁹Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 216, p. 247.

⁴⁰E.T. Usenko, *op. cit.*, p. 253 (éd. allemande : p. 212).

⁴¹Déclaration de M. Reuter à la seizième session de la CDI (*Annuaire... 1964*, vol. I, p. 120, 741^e séance, par. 14).

⁴²Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 137.

⁴³Voir ci-dessous art. 14.

⁴⁴Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 218 et 222, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, B.

moins favorable que le traitement accordé par cet Etat fédéré aux personnes ou aux biens ayant le même rapport avec les autres Etats fédérés de l'Etat concédant.

COMMENTAIRE

1) Le traitement national a une caractéristique particulière dans certains Etats fédéraux. Lorsque la Suisse accorde à un autre pays le traitement national, cela ne signifie pas que les ressortissants de ce pays étranger seront traités dans le Valais comme les Valaisans, mais qu'ils seront traités comme les citoyens d'un autre canton suisse, et s'il existe des différences de traitement entre les citoyens des différents cantons, comme le citoyen du canton le moins bien traité. Il est en effet impossible d'envisager qu'un étranger soit, en Suisse, mieux traité qu'un Suisse⁴⁵.

2) En République fédérale d'Allemagne, les législations des *Länder* sont également extrêmement complexes, et il n'est pas toujours aisé de déterminer la portée exacte du traitement national dont jouit un étranger dans un *Land* donné⁴⁶.

3) Aux Etats-Unis d'Amérique, de même, le traitement national n'a pas le même contenu dans les divers Etats. C'est ce qui est dit expressément, par exemple, dans la Convention d'établissement du 25 novembre 1959 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France. Le texte des paragraphes 1 et 2 de l'article XIV de cette convention est le suivant :

1. L'expression « traitement national » signifie le traitement accordé aux ressortissants et sociétés d'une des Hautes Parties contractantes sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante dans des conditions non moins favorables que le traitement qui y est accordé, dans des situations similaires, aux ressortissants et sociétés, selon le cas, de cette dernière Haute Partie contractante.

2. Le traitement national accordé en vertu des dispositions de la présente convention aux sociétés françaises est dans tout Etat, tout territoire ou toute possession des Etats-Unis d'Amérique, le traitement qui y est accordé aux sociétés constituées dans les autres Etats, territoires et possessions des Etats-Unis d'Amérique⁴⁷.

4) La règle proposée ne couvre pas tous les cas possibles qui peuvent se poser en particulier. Elle présume que dans tout Etat fédéré de l'Etat fédéral tous les ressortissants de l'Etat fédéral sont traités de la même manière. C'est ainsi qu'elle ne se réfère pas à la notion de « citoyen du canton le moins bien traité »⁴⁸.

Article 11. — Effet d'une clause inconditionnelle de traitement national

Par une clause inconditionnelle de traitement national, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement national de la part de l'Etat concédant sans avoir l'obligation d'accorder en contrepartie le même traitement à l'Etat concédant.

⁴⁵ A. Piot, « Du réalisme dans les conventions d'établissement », *Journal du droit international*, Paris, 88^e année, n° 1, janvier-mars 1961, p. 66.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 401, p. 91 et 93.

⁴⁸ Voir ci-dessus par. 1.

Article 12. — Effet d'une clause de traitement national sous condition d'avantages réciproques

Par une clause de traitement national sous condition d'avantages réciproques, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement national de la part de l'Etat concédant s'il accorde en contrepartie le même traitement à ce dernier.

COMMENTAIRE DES ARTICLES 11 ET 12

1) Les articles 11 et 12 sont rédigés sur le modèle des articles 6 *bis* et 6 *ter*, et n'appellent pas d'autres explications.

2) Le Ministre des affaires étrangères de la France, dans sa lettre du 22 juillet 1929 citée plus loin⁴⁹, a déclaré expressément :

[...] quand les traités comportent l'assimilation au national sans subordonner cette assimilation à la réciprocité, il n'y a plus à se demander si le Français jouit des mêmes avantages en territoire étranger⁵⁰.

Cette thèse correspond à la règle proposée à l'article 11, de laquelle découle *a contrario* la règle de l'article 12.

Article 13. — Droit de l'Etat bénéficiaire au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

1. L'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée si l'Etat concédant a accordé le traitement national à un Etat tiers.

2. Le paragraphe précédent s'applique que l'Etat concédant ait accordé le traitement en question à un Etat tiers inconditionnellement, sous condition d'avantages réciproques, ou moyennant toute autre contrepartie.

COMMENTAIRE

1) Il semble à première vue que la règle proposée à l'article 13 aille de soi. Lorsque deux Etats se promettent réciproquement le traitement national (« inland parity ») et promettent ensuite à d'autres Etats le traitement de la nation la plus favorisée, ces derniers peuvent légitimement faire valoir qu'ils ont également le droit d'être traités sur une « base nationale », car dans le cas contraire ils ne seraient pas traités d'une manière aussi favorable que la nation la plus favorisée (à supposer qu'il existe une différence substantielle de traitement par suite de différences dans les promesses qui ont été faites)⁵¹.

2) Telle est également la pratique britannique en ce qui concerne le rapport entre traitement national et traitement accordé au titre de la clause de la nation la plus favorisée. Selon Schwarzenberger,

⁴⁹ Voir ci-dessous art. 13, par. 4 du commentaire.

⁵⁰ Cité par Mme M. Simon-Depitre dans *Juris-classeur de droit international*, Paris, Editions techniques, vol. V, fasc. 523, p. 26.

⁵¹ Snyder, *op. cit.*, p. 11 et 12.

la norme de la nation la plus favorisée remplit la fonction consistant à généraliser les privilèges accordés au titre de la norme nationale à tout Etat tiers faisant partie des bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée dans le même domaine⁵².

3) Un auteur de la République démocratique allemande partage cet avis :

Comme le traitement national représente en général le maximum des droits et que ces droits sont clairement définis, les Etats s'efforcent souvent d'obtenir que leurs ressortissants soient placés sur un pied d'égalité avec les nationaux. Lorsque l'Etat le plus favorisé se voit octroyer de cette manière le traitement national, tous les autres Etats qui bénéficient de la clause de la nation la plus favorisée peuvent également revendiquer ce traitement pour leurs ressortissants au titre de ladite clause⁵³.

4) Cet effet de la clause de la nation la plus favorisée a été explicitement reconnu en France. Le Ministre des affaires étrangères de la France, dans une lettre du 22 juillet 1929⁵⁴, a publié une liste des pays qui jouissent du traitement national en France. Le Ministre a ajouté :

Un plus grand nombre de conventions ont été conclues sur la base du traitement réservé au ressortissant de la nation la plus favorisée. Les étrangers qui peuvent se prévaloir d'une convention de cet ordre ont le droit d'être traités en France comme les ressortissants des pays ci-dessus mentionnés⁵⁵.

La position officielle de la France sur ce sujet n'a pas changé depuis lors.

5) Cette position se manifeste également dans la pratique des tribunaux français :

[...] la jurisprudence [française] s'est ralliée dans son ensemble à la solution conduisant à appliquer le traitement national à ceux qui l'invoquent par l'intermédiaire d'une clause de la nation la plus favorisée⁵⁶.

Ainsi, parmi de nombreuses autres affaires, un tribunal français — en l'occurrence le tribunal correctionnel de la Seine — a déclaré :

Attendu que Sciana, étant de nationalité italienne, peut légitimement invoquer le bénéfice de l'article 2 de la Convention d'établissement du 23 août 1951 entre la France et l'Italie, lequel dispose : « Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes jouissent sur le territoire de l'autre partie du traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne [...] l'exercice du commerce [...] » ; que, par suite, il est en droit de se réclamer des dispositions de l'article 1^{er} de la convention conclue le 7 janvier 1862 entre la France et l'Espagne, lequel décide : « Les sujets des deux pays pourront voyager et résider sur les territoires respectifs comme les nationaux [...], faire le commerce tant en gros qu'en détail [...] »⁵⁷.

6) La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a également eu l'occasion de discuter des effets de la clause de la nation la plus favorisée lorsqu'elle se combine avec la clause du traitement national figurant dans un autre traité. La clause de la nation la plus favorisée en question était celle qui figurait dans un traité conclu en 1881 entre les Etats-Unis et la Serbie. Les passages essentiels de cette clause se lisaient comme suit :

Pour tout ce qui concerne le droit d'acquérir, de posséder et de céder toute catégorie de biens, immobiliers ou mobiliers, les ressortissants des Etats-Unis en Serbie et les sujets serbes aux Etats-Unis jouiront des droits qu'accorde ou accordera la législation respectivement dans l'un et l'autre de ces Etats aux nationaux de la nation la plus favorisée.

Dans ces limites, et dans les mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée, ils peuvent librement recevoir, posséder et céder ces biens, que ce soit par achats, vente, donation, échange, contrat de mariage, testament, héritage, ou de toute autre manière, sans être soumis à des taxes, impôts ou redevances autres ou plus élevés que ceux qui sont ou pourront être perçus des nationaux du pays ou des sujets de l'Etat le plus favorisé. [...] ⁵⁸

La Cour a déclaré :

Le traité de 1881 indique clairement que son principal objectif est d'instaurer « à titre réciproque, la pleine et entière liberté du commerce et de la navigation » entre les deux Etats signataires, de manière que leurs ressortissants « soient libres de s'établir sur le territoire de l'autre Etat ». Leurs ressortissants doivent également pouvoir librement recevoir, posséder et céder des biens par leurs activités commerciales, par donation, mariage, héritage ou de toute autre manière « dans les mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée ». Ainsi, les deux paragraphes de l'article II du traité dont il est ici question comportent une clause « de la nation la plus favorisée » en ce qui concerne « l'acquisition, la possession ou la cession de toutes catégories de biens ». Cette clause signifie que chacun des signataires accorde à l'autre les droits et les privilèges les plus étendus qu'il accorde à tout autre Etat en vertu d'autres traités conclus ou à conclure. A cet égard, notre attention a été attirée sur un traité conclu par ce pays avec l'Argentine antérieurement au traité de 1881 avec la Serbie et sur des traités conclus par la Yougoslavie avec la Pologne et la Tchécoslovaquie, qui prévoient tous sans ambiguïté de la façon la plus large, et à titre de réciprocité, le droit de recevoir une succession au profit des ressortissants des Etats signataires, ce qui aurait précisément pour conséquence de protéger le droit de ces demandeurs yougoslaves à recevoir la succession de leurs parents américains ⁵⁹.

La clause du traitement national (art. IX) du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et la Confédération Argentine en 1853 dispose que :

Pour tout ce qui a trait à [...] l'acquisition et la cession de biens de toute sorte et de toute appellation, que ce soit par vente, donation, échange, testament ou de toute autre manière, [...] les citoyens des deux Parties contractantes jouiront réciproquement des mêmes privilèges, libertés et droits que les nationaux [...] ⁶⁰.

La Cour a conclu :

Nous estimons que, en vertu du traité de 1881 et de sa clause « de la nation la plus favorisée », ces demandeurs yougoslaves ont le même droit de recevoir des biens meubles en héritage de leurs parents que s'ils étaient des ressortissants américains habitant l'Etat d'Oregon. [...] ⁶¹.

7) La solution, étayée dans la pratique, proposée à l'article 13 a été mise en cause par plusieurs auteurs. Selon Level,

On peut arguer à l'encontre de la solution affirmative que la clause de la nation la plus favorisée se situe, dans l'échelle des concessions mutuelles que se font les Hautes Parties contractantes,

⁵² « The most favoured-nation standard... » (*loc. cit.*), p. 119.

⁵³ K. Becher, « Das Prinzip der Meistbegünstigung und die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen », *Deutsche Aussenpolitik*, Berlin-Est, 17^e année, n° 4 (juillet-août 1972), p. 774.

⁵⁴ France, *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, Paris, 12-13 août 1929, 61^e année, n° 189.

⁵⁵ Piot, *loc. cit.*, p. 44.

⁵⁶ Level, *loc. cit.*, p. 338.

⁵⁷ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 147, doc. A/CN.4/269, par. 77.

⁵⁸ G.F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Göttingue, Dieterich, 1887, 2^e série, t. XI, p. 745 (texte anglais).

⁵⁹ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/269, par. 73.

⁶⁰ Etats-Unis d'Amérique, *The Statutes at Large and Treaties of the United States of America from December, 1925, to March, 1927*, vol. X, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1927, p. 1009. Egalement dans : Royaume-Uni, *British and Foreign State Papers, 1852-1853*, vol. 42, Londres, Ridgway, 1864, p. 722.

⁶¹ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/269, par. 73.

à un degré inférieur à celui de la clause d'assimilation au national, et qu'il est paradoxal de faire produire à la première les mêmes conséquences qu'à la seconde. En outre, on peut se demander si la nature particulière des deux clauses ne s'oppose pas à leur mise en œuvre cumulative. Clauses d'égalisation, l'une au regard de l'étranger le plus favorisé, l'autre par rapport au national, elles n'ont pas d'effet par leur contenu, mais par simple référence. Cette sorte de *renvoi* d'une clause à l'autre jusqu'à produire un effet non conforme à la signification de la première des clauses correspond-elle bien à la volonté des Etats contractants⁶²?

8) Cette idée a été étudiée de manière assez approfondie dans le cadre de l'Institut de droit international, et exposée dans le rapport provisoire et le rapport définitif de Pescatore sur la question : « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales ». Dans son rapport définitif, Pescatore écrit :

[...] il y a une différence de nature entre les deux standards de traitement au point que l'on ne peut pas dire que la clause de la nation la plus favorisée peut attirer à l'Etat bénéficiaire, le cas échéant, jusqu'au bénéfice du traitement national. Pour la bonne compréhension de ce problème assez subtil, mais important en pratique, il convient de rappeler plus explicitement les données du problème.

Supposons que l'Etat A ait accordé le bénéfice du t.n.p.f. [traitement de la nation la plus favorisée] à un ou plusieurs autres Etats, disons B, C, D, etc. Or, ultérieurement, il conclut avec un Etat X un traité portant sur le même objet, par exemple, le droit d'établissement ou la protection des personnes, fondé non pas sur le standard du t.n.p.f. mais sur le principe du traitement national, c'est-à-dire sur l'assimilation du statut des ressortissants de l'Etat X à celui des ressortissants de l'Etat A. Ne peut-on pas dire que, par l'effet du traité conclu par l'Etat A avec l'Etat X, le standard de la « nation la plus favorisée » s'identifie désormais au traitement national ? En d'autres termes, la c.n.p.f. [clause de la nation la plus favorisée] assurerait aux Etats B, C, D, etc. la jouissance du traitement national.

La question est sujette à controverse, puisque à l'équation qui vient d'être établie on peut objecter qu'il y a une différence de nature entre les deux clauses en discussion, puisque ce à quoi un Etat s'oblige par la c.n.p.f. ce n'est toujours que d'accorder le traitement *d'étranger* le plus favorable, ce qui est autre chose que l'assimilation avec les propres nationaux. On peut objecter pour le surplus ceci : la thèse disant que la c.n.p.f. assure à l'Etat bénéficiaire l'avantage du traitement national dès lors que celui-ci est accordé à n'importe quel autre Etat aboutirait à ce résultat inéquitable que les Etats bénéficiaires de la c.n.p.f. pourraient donc désormais revendiquer le traitement national sans être tenus de l'accorder de leur part, ce qui nous ramène au problème de la réciprocité dans l'application de la clause. En effet, nous y reviendrons dans un instant, le traitement national n'est assuré normalement qu'à titre de réciprocité, et ce serait décidément aller très loin que de conférer le même avantage à des pays qui continuent, en vertu de la clause, à n'accorder qu'un traitement d'étranger.

C'est pour ces motifs que le Rapporteur maintient sa façon de voir, en ce sens que la c.n.p.f. ne peut assurer davantage que le traitement d'étranger le plus favorable possible ; que, par contre, l'octroi du traitement national représente une *transitio ad aliud genus*, incommunicable par le truchement de la clause.

A juger d'après les réponses reçues, cette conclusion n'est pas sujette à discussion dans les cas où le principe du traitement national forme partie intégrante de la constitution d'un régime d'intégration économique entre plusieurs Etats⁶³.

Eu égard à certains commentaires des membres de l'Institut (Castañeda et Guggenheim) et aux doutes qu'ils ont exprimés, Pescatore semble avoir été disposé à restreindre la portée de sa thèse aux relations économiques en déclarant : [...] en ce qui concerne les rapports économiques internationaux, le Rapporteur maintient fermement sa thèse disant que le fait, par un Etat, d'accorder le traitement national au commerce et aux activités économiques d'un pays tiers n'engage pas cet Etat à étendre le même traitement à tous les bénéficiaires de la c.n.p.f.⁶⁴.

Il convient de noter que cette thèse de Pescatore n'a pas été incorporée dans ses projets de résolution, et que par conséquent l'Institut dans son ensemble n'a pas eu à se prononcer sur la question.

L'un des buts de Pescatore — et peut-être son but principal — était de prouver que le jeu d'une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité conclu entre un Etat membre d'une union économique et un Etat non membre ne peut pas être étendu aux avantages que s'accordent réciproquement les Etats membres de cette union. Il a fait valoir que les avantages accordés dans le cadre d'une union économique ne sont pas « *ejusdem generis* » par rapport au traitement de la nation la plus favorisée accordé à un tiers⁶⁵, et encore moins si les avantages en question — comme c'est fréquemment le cas pour de telles unions — consistent à s'assurer réciproquement le traitement national dans certains domaines. Toutefois, même si les avantages accordés dans le cadre d'une union économique ne peuvent pas être acquis par l'intermédiaire de la clause de la nation la plus favorisée — thèse qui est sujette à caution et qui est loin d'être étayée par la pratique —, cela ne prouverait pas l'existence d'une règle selon laquelle les avantages du traitement national consentis en matière économique ne peuvent pas être étendus par le jeu d'une clause de la nation la plus favorisée.

9) S'appuyant sur la pratique des Etats, le Rapporteur spécial n'a pas de raison de s'écarter de la conclusion qui découle du sens ordinaire de la clause et qui assimile le bénéficiaire à la nation la plus favorisée : si l'avantage le plus élevé accordé à un Etat tiers est le traitement national, c'est ce traitement — conforme à la promesse — qui sera donc dû au bénéficiaire. Si un Etat tient à exclure de sa promesse de traitement de la nation la plus favorisée le bénéfice du traitement national, consenti ou à consentir, il est libre de le faire. Si pareille exception n'est pas stipulée dans le traité, l'Etat concédant devra en assumer les conséquences, même si la promesse de traitement national est postérieure au traité contenant la clause de la nation la plus favorisée. Cette situation exige simplement une certaine circonspection de la part des négociateurs des traités, et il y a tout lieu de penser qu'ils s'abstiendront de prendre des décisions inconsidérées.

Article 14. — Cumul du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée

Lorsque, dans un domaine de relations convenu, l'Etat concédant prévoit l'octroi tant du traitement national que

⁶² *Loc. cit.*, p. 338.

⁶³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Bâle, vol. 53, t. I, p. 201 et 202.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 203.

⁶⁵ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 105, doc. A/CN.4/266, art. 7, par. 13 du commentaire.

de celui de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire a le droit de se prévaloir du régime qu'il juge le plus favorable.

COMMENTAIRE

1) Il n'est pas rare que le traitement national et celui de la nation la plus favorisée soient stipulés à la fois dans le même domaine. Nolde rappelle que dans un traité anglo-portugais de 1642, à l'article 4, le Portugal assure

Que les sujets du très renommé Roi de la Grande-Bretagne [...] ne seront pas tenus de payer de plus grands droits de douane, impositions et autres taxes que les habitants et sujets desdits pays [royaumes, provinces, territoires et îles du Roi du Portugal en Europe] ou les sujets de quelque nation que ce soit qui sera en alliance avec le Portugal [...]⁶⁶

On en trouve un exemple plus récent dans la disposition de l'article 6, par. 1, de la Convention multilatérale sur la coopération en matière de navigation maritime commerciale, signée à Budapest le 3 décembre 1971 par la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la République démocratique allemande, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'URSS, qui est ainsi conçue :

1. Les navires battant pavillon de l'une des Parties contractantes bénéficieront dans les ports de ces parties, sur la base de la réciprocité, du régime le plus favorable dont bénéficient les navires nationaux qui assurent les transports internationaux ou, toujours sur la base de la réciprocité, du régime le plus favorable dont bénéficient les navires d'un Etat tiers, pour tout ce qui concerne l'entrée dans le port, le mouillage et la sortie du port, l'utilisation des installations portuaires pour le chargement et le déchargement des marchandises et l'embarquement et le débarquement des passagers ainsi que l'utilisation des services destinés à la navigation en mer.

2) Certaines clauses précisent que le régime en question sera « le plus favorable » des deux régimes suivants : celui des ressortissants de l'Etat concédant ou celui des ressortissants de la nation la plus favorisée. Voir par exemple l'article 38 du Traité d'amitié, de commerce et de navigation du 21 novembre 1957 entre la République fédérale d'Allemagne et l'Italie⁶⁷.

3) Dans un document analysant la compatibilité entre ces deux types de concessions, qu'elles soient consacrées par un ou par plusieurs instruments, le Secrétariat de la CEE est parvenu à la conclusion ci-après :

[...] Il ne semble, par contre, pas que le problème de compatibilité entre le régime général de la nation la plus favorisée et l'octroi du traitement national aux navires de commerce se présente en réalité. Lorsque ces deux régimes coexistent, la disposition relative au traitement national l'emporte, dans la mesure où il n'existe pas de concession plus favorable au profit d'un pays tiers. Dans ce dernier cas, c'est ce régime le plus favorable qui doit être accordé aux navires du pays bénéficiant à la fois du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée. La solution — certaine sur le plan des traités de commerce qui, comme celui entre la Norvège et l'URSS, comportent la clause du traitement national pour les navires de commerce à côté d'une clause générale de la nation la plus favorisée — s'imposerait également aussi bien dans le cas d'une convention multilatérale contenant les deux clauses que dans celui d'une convention multilatérale ne contenant que la

clause générale de la nation la plus favorisée en présence de conventions bilatérales contenant la clause du traitement national sur tel ou tel point relatif au commerce ou à la navigation⁶⁸.

4) On suppose généralement que le traitement national est au moins égal ou supérieur au traitement de la nation étrangère la plus favorisée et que par conséquent le premier implique le second. Cette supposition a été explicitement énoncée dans un protocole faisant partie du Traité de commerce et de navigation entre le Royaume-Uni et la Turquie, signé le 1^{er} mars 1930. On y lit :

Il est entendu que partout où, dans le présent traité, il est fait mention du traitement national, cette mention implique le traitement de la nation étrangère la plus favorisée, étant donné qu'il est manifeste que, dans l'intention des Hautes Parties contractantes, le traitement national dans leurs territoires respectifs est au moins égal ou supérieur au traitement de la nation étrangère la plus favorisée⁶⁹.

Cette hypothèse est cependant réfutable. Il peut arriver que des étrangers bénéficient d'avantages qui ne sont pas reconnus aux ressortissants. Au cas où cela se produirait, le régime de la nation la plus favorisée serait plus avantageux que le traitement national. On trouve une clause expresse en ce sens dans le Traité d'amitié, de commerce et d'établissement réciproque conclu par le Royaume-Uni et la Suisse le 6 septembre 1855, dont l'article VIII stipule :

Les deux Parties contractantes s'engagent à traiter les sujets et les citoyens respectifs, dans tout ce qui touche l'importation, l'entrepôt, le transit et l'exportation de tout article d'un commerce légal, sur le même pied que les sujets et les citoyens du pays, ou que les sujets et citoyens de la nation la plus favorisée, dans tous les cas où ces derniers jouiraient d'un avantage exceptionnel non accordé aux nationaux⁷⁰.

5) Selon Sauvignon,

[Le traitement national] est parfois concédé conjointement avec la clause de la nation la plus favorisée. C'est dans ce cas le traitement le plus favorable des deux qui s'applique, généralement le traitement national. Mais, exceptionnellement, le traitement de la nation la plus favorisée peut être plus avantageux que le traitement national. Il en est ainsi quand un Etat, pour développer sa production industrielle, accorde aux entreprises étrangères des exemptions fiscales et d'autres avantages supérieurs à ceux des entreprises nationales. Il serait donc tout à fait inexact de penser que la concession du traitement national englobe automatiquement le traitement de la nation la plus favorisée⁷¹.

6) Selon Schwarzenberger,

Le même traité peut aussi combiner deux régimes ou davantage pour mieux réaliser le même objectif ou des objectifs différents. Ainsi, grâce au cumul de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national, les ressortissants de l'autre partie contractante peuvent bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qu'ils auraient obtenu si on leur avait reconnu le bénéfice de l'un ou l'autre régime, par exemple dans le cas de l'exemption des obligations militaires. Dans ce cas, l'intention des parties contractantes est généralement de combiner l'application de plusieurs régimes. Il existe donc une présomption en faveur de leur interprétation cumulative⁷².

⁶⁶E/ECE/270, Partie II, par. 42, al. h.

⁶⁷SDN, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, p. 457.

⁶⁸G.F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1858, t. XVI, partie I, p. 548.

⁶⁹E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. 6.

⁷⁰« The principles and standards of international economic law », *Recueil des cours...*, 1966-I, Leyde, Sijthoff, 1967, t. 117, p. 69.

⁶⁶B. Nolde, « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1932-I, Paris, Sirey, 1932, t. 39, p. 27.

⁶⁷K. Strupp, *op. cit.*, p. 500.

Article 15. — Date à laquelle la clause de la nation la plus favorisée prend effet

1. La clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée prend effet à la date de son entrée en vigueur à condition qu'à cette date le traitement prévu dans la clause ait été accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers. Si ce traitement est accordé ultérieurement, la clause prend effet à la date à laquelle il est accordé.

2. La clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques prend effet à la date définie au paragraphe 1 à condition qu'à cette date la réciprocité des avantages ait été établie entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire en ce qui concerne le traitement prévu dans la clause. Si cette réciprocité est établie ultérieurement, la clause prend effet à la date à laquelle la réciprocité est établie.

COMMENTAIRE

1) Il convient tout d'abord d'expliquer pourquoi le terme « prendre effet » est utilisé à propos de la clause de la nation la plus favorisée. Dans les premiers projets du Rapporteur spécial on trouve les mots « appliquer » et « application », ces termes étant communément employés pour rendre l'idée à exprimer. Toutefois, le terme « application » d'un traité est utilisé dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁷³, bien qu'il ne soit pas défini dans l'article 2 (Expressions employées). Il n'en est pas moins évident que dans cette convention l'« application » d'un traité signifie que celui-ci est entré en vigueur et qu'il n'a pas pris fin, été suspendu ou frappé de nullité. Cette interprétation apparaît plus clairement dans l'expression « suspension de l'application des traités », qui est employée dans la partie V de la Convention. Il s'ensuit que dans la terminologie de la Convention de 1969 un traité contenant la clause de la nation la plus favorisée et la clause elle-même qui en est une des dispositions « s'appliquent » depuis l'entrée en vigueur du traité jusqu'à son extinction, sa suspension, etc. Comme la Commission souhaitait aligner le plus possible la terminologie des articles concernant la clause de la nation la plus favorisée sur celle de la Convention de 1969, il a fallu trouver un autre mot qu'« application » pour exprimer l'idée que la clause elle-même, du simple fait de son entrée en vigueur — du fait qu'elle commence à « s'appliquer », pour employer la terminologie de la Convention —, ne commence pas réellement à jouer, c'est-à-dire qu'elle ne produit pas réellement des effets tant que l'Etat concédant n'a pas pris d'engagements à l'égard d'Etats tiers. Son effet — nous dirions plutôt ici « son application » si ce terme n'avait pas été réservé par la Convention de 1969 pour exprimer une autre notion — ne commence que si l'Etat concédant prend ces engagements, c'est-à-dire si un Etat tiers a été réellement placé dans une situation favorisée.

2) Deux éléments doivent être présents pour que joue la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée : a) une

clause valide figurant dans un traité en vigueur, b) l'octroi d'avantages par l'Etat concédant à un Etat tiers. Un troisième élément est indispensable dans le cas d'une clause sous condition d'avantages réciproques : l'établissement de la réciprocité. Si l'un de ces éléments indispensables fait défaut, il n'y a pas de clause entrant en application ou produisant effet⁷⁴. La date à laquelle la clause prend effet est celle à laquelle le dernier élément intervient (dans le cas d'une clause inconditionnelle, le second élément ; dans celui d'une clause sous condition de réciprocité, le troisième).

3) Les paragraphes 1 et 2 de l'article 15 énoncent également la règle généralement admise selon laquelle la clause de la nation la plus favorisée — sauf dispositions contraires — porte sur les avantages accordés à un Etat tiers aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur du traité contenant la clause. Sauvignon explique ainsi les raisons de cette règle : [...] le but de la clause étant d'égaliser la situation de l'Etat bénéficiaire avec celle des tiers, il y aurait mauvaise foi à limiter cette égalisation aux situations juridiques existant au moment du traité ou aux situations juridiques futures. Une clause *pro futuro*, de même qu'une clause tournée vers le passé, ne se conçoit qu'appuyée par une formulation non équivoque. A défaut, la clause doit étendre au bénéficiaire les avantages accordés aussi bien dans le passé que dans le futur⁷⁵.

4) Cette opinion est confirmée dans la pratique, comme en atteste l'affaire suivante.

En vertu d'une législation belge spéciale relative à la durée des baux, les ressortissants des pays qui étaient soit neutres soit alliés de la Belgique pendant la première guerre mondiale étaient susceptibles de jouir des avantages concédés par la loi, sous réserve de réciprocité. La demanderesse s'est plainte de ce que le privilège de la prolongation légale de son bail lui ait été refusé en raison de sa nationalité française et du fait que les ressortissants belges ne bénéficiaient pas en France du même traitement. Le tribunal a statué en faveur de la demanderesse. Aux termes de la convention franco-belge du 6 octobre 1927, les ressortissants des deux parties contractantes bénéficient du traitement de la nation la plus favorisée sur le territoire des deux parties pour toutes les questions relatives à la résidence et à l'établissement, de même qu'à l'exercice d'une activité commerciale et industrielle et à celui de professions libérales (art. 1^{er}). Ce privilège a été étendu à la possession, l'acquisition et la location de biens meubles ou immeubles (art. 2). Le traité conclu entre la Belgique et l'Italie le 11 décembre 1882 a prévu, dans son article 3, que « les sujets de chacune des parties contractantes jouiront dans le territoire de l'autre de la plénitude des droits civils comme les nationaux ».

[...] il s'ensuit donc que, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, les Français sont en Belgique assimilés complètement aux Belges au point de vue de la jouissance des droits civils, et bénéficient de la loi sur les loyers ;

Attendu qu'il importe peu que ces traités soient antérieurs ou postérieurs à la délégation exceptionnelle des loyers ; que le Traité franco-belge du 6 octobre 1927 a été négocié par le Gouvernement belge en vue d'obtenir, pour ses nationaux établis en France,

⁷³ Comme le dit Schwarzenberger, « En l'absence d'engagements à l'égard d'Etats tiers, la norme de la nation la plus favorisée est vide de sens [...] » (*International Law and Order [op. cit.]*, p. 130).

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 21, note 1. Dans le même sens, voir S. Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », dans A.-O. de Lapradelle et J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1929, t. III, p. 488.

⁷³ Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F. 70.V.5), p. 309. La convention est ci-après dénommée « Convention de 1969 ».

le bénéfice total des lois sur les loyers et sur la propriété commerciale; que les ressortissants des deux pays jouissent des mêmes droits [...];

...

[...] l'appelante, de nationalité française, est fondée à bénéficier de la prorogation légale en vertu du traité d'établissement du 6 octobre 1927⁷⁶.

5) La question a également été posée et examinée de savoir si la prise d'effet de la clause de la nation la plus favorisée ne pouvait rétroactivement influencer sur la position de l'Etat bénéficiaire, c'est-à-dire sur la position des personnes qui tiennent leurs droits de cet Etat.

Selon Level :

Il s'agit ici de savoir si la clause suivra le régime transitoire du traité auquel elle emprunte son contenu ou si elle obéira à un régime transitoire du traité qui porte traitement de la nation la plus favorisée. Dans ce dernier cas, les ressortissants de l'Etat bénéficiaire peuvent certes invoquer l'application des avantages antérieurement accordés à l'Etat favorisé, mais ce traitement ne prend effet qu'à la date d'entrée en vigueur du traité portant clause de la nation la plus favorisée [...]. Dans la première hypothèse, la clause *empruntant* également le régime transitoire du traité conclu avec l'Etat favorisé, les ressortissants de l'Etat bénéficiaire se trouvent exactement dans la même situation que ceux de l'Etat favorisé, de sorte qu'ils sont en droit de prétendre que les avantages allégués leur étaient applicables, antérieurement à la publication du traité contenant la clause, dès l'entrée en vigueur du traité conclu entre l'Etat favorisé et l'Etat concédant. Les ressortissants de l'Etat bénéficiaire seraient donc, dans ce dernier cas, en droit d'obtenir l'application rétroactive, par rapport à la date de publication du traité contenant la clause, du traitement de la nation la plus favorisée.

La jurisprudence française a refusé de conférer à la clause un tel effet rétroactif. Les ressortissants de l'Etat bénéficiaire ne peuvent prétendre à l'application des avantages reconnus à l'Etat favorisé qu'à la date d'entrée en vigueur du traité contenant la clause. « La technique même de la clause n'appelle pas une assimilation rétroactive aux étrangers déjà favorisés. » [...] « S'il y a communication automatique des avantages existants, elle ne vaut que pour l'avenir. » [...] Bien entendu, conformément à la règle admise en droit transitoire, les Hautes Parties contractantes peuvent, par une stipulation expresse, prévoir l'application rétroactive de la clause. [...] La solution consacrée par la jurisprudence française est conforme à l'analyse de la nature de la clause telle qu'on a pu la dégager de la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'Anglo-Iranian. Le bénéfice des avantages au titre de la clause trouve sa source dans la clause elle-même et non dans le traité portant les dispositions substantielles dont l'application est réclamée. Si la clause permet d'intégrer les avantages reconnus aux ressortissants de l'Etat favorisé, elle ne rend pas rétroactivement l'Etat bénéficiaire partie au traité conclu entre l'Etat concédant et l'Etat favorisé⁷⁷.

Dans le même sens, Christian Gavaldà écrit :

La clause ne supprime pas la diversification dans le passé des régimes juridiques divers organisés selon les pays. La règle « standard » qui veut que cesse au plus tôt une situation juridique internationale « inopportune » [...] ne prévaut pas contre le principe de droit des gens de la non-rétroactivité [...]. Il y a, pour reprendre l'expression de Scelle, « communication automatique » du régime le plus favorable, mais cette communication n'opère que pour l'avenir. Observons que le même raisonnement pourrait être transposé pour définir la portée dans le temps d'un traité comportant la *clause de réciprocité*. Le bénéfice reconnu sur cette base aux ressortissants

d'un Etat donné ne remonte pas davantage à l'époque où nos nationaux jouissaient (en fait, en droit ou par traité) de ce droit à l'étranger⁷⁸.

Il semble que ce raisonnement soit correct, et il est conforme à la règle énoncée plus haut.

6) Dans son ouvrage *The Law of Treaties*, McNair étudie la question de savoir « s'il faut et suffit qu'un Etat tiers acquière le droit de revendiquer un certain traitement pour qu'une clause de la nation la plus favorisée s'applique, ou si une telle clause ne s'applique que lorsque l'Etat tiers revendique le bénéfice du traitement et commence effectivement à en jouir ».

Il paraît utile de reproduire ici son raisonnement :

Supposons que la Grande-Bretagne a droit au traitement de la nation la plus favorisée en vertu d'un traité conclu avec l'Etat A, et que, par l'effet d'un traité conclu entre l'Etat A et l'Etat B, ce dernier a ou se voit conférer le droit de réclamer à A, pour lui-même ou pour ses ressortissants, le bénéfice d'un certain traitement, tel que l'exemption de l'impôt sur le revenu ou l'inapplicabilité de mesures législatives concernant l'occupation de locaux à usage d'habitation, par exemple. A quel moment la Grande-Bretagne peut-elle prétendre obtenir de A le traitement dû à B? Immédiatement, ou seulement après que B soit parvenu à faire reconnaître le droit à bénéficier de ce traitement à lui conféré par le traité? On peut répondre à cette question en se plaçant à deux points de vue. Selon le premier, la Grande-Bretagne n'est pas fondée à revendiquer le traitement tant qu'elle ne peut invoquer à l'appui de sa demande le fait que B ou les ressortissants de B bénéficient et jouissent effectivement dudit traitement. Selon cette conception, l'étendue des droits de la Grande-Bretagne dépend du degré de vigilance dont B fait preuve ou de l'importance que la matière revêt pour B; ainsi, il se peut qu'aucun ressortissant de B ne réside sur le territoire de A et n'y perçoive un revenu imposable. Selon le second point de vue, la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans le traité avec la Grande-Bretagne confère, automatiquement et sans restriction, à cet Etat et à ses ressortissants tous les droits de même nature dont B et ses ressortissants peuvent disposer dès lors que le traité s'applique, sans que l'on ait à rechercher si B et ses ressortissants jouissent ou ne jouissent pas effectivement de ces droits, c'est-à-dire sans que l'on ait à rechercher si B les a revendiqués ou a négligé de les revendiquer ou n'a pas eu l'occasion de les revendiquer. Les juristes qui conseillent le Gouvernement du Royaume-Uni estiment que le second point de vue est le bon : bien que la situation varie nécessairement en fonction du contenu correctement interprété de la clause de la nation la plus favorisée qui donne naissance au droit, [...] on peut dire que, de manière générale, [...] le droit porte sur le traitement garanti à la nation la plus favorisée sans que l'on ait à rechercher s'il est effectivement revendiqué ou appliqué. Le Royaume-Uni a soutenu et réussi à imposer ce second point de vue⁷⁹.

Selon le même auteur, le Royaume-Uni a adopté une position identique alors qu'il ne se trouvait pas dans la situation d'Etat bénéficiaire, mais dans celle d'Etat concédant.

Le 11 avril 1906, à l'occasion d'un litige portant sur le droit pour des étrangers d'obtenir des brevets de pilotage britanniques, les juristes à qui l'on avait demandé si le droit que pouvaient revendiquer des ressortissants des pays dont il était question était un droit absolu par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée ou si ce droit ne pouvait être invoqué qu'à condition que les ressortissants des Etats auxquels avait été accordé le traitement national aient

⁷⁶ *Revue critique de droit international privé*, Paris, n° 3 (juil.-sept. 1961), p. 538.

⁷⁹ A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 278 et 279.

⁷⁶ Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 131, doc. A/CN.4/269, par. 31.

⁷⁷ *Loc. cit.*, p. 336 et 337.

déjà revendiqué et obtenu le privilège particulier en question ont déclaré que la réponse à cette question « dépendait nécessairement du contenu correctement interprété de la clause de la nation la plus favorisée particulière à propos de laquelle elle pouvait se poser; nous estimons cependant, de façon générale, que le droit porte sur le traitement auquel la nation la plus favorisée peut prétendre, sans que l'on ait à rechercher s'il a été effectivement revendiqué. Toutefois, le traitement effectivement accordé dans la pratique sera très largement fonction de l'interprétation du traité duquel il procède »⁸⁰.

Un autre auteur montre que cette opinion n'est pas propre à la seule pratique britannique.

En 1943, l'ambassade américaine à Santiago a considéré que la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée qui figurait dans l'accord commercial liant les Etats-Unis et le Chili autorisait l'importation en franchise de droits de bois en grume « correspondant aux types énumérés dans les mémoires échangés par les Gouvernements péruvien et chilien [prévoyant le bénéfice de l'importation en franchise au Chili pour ces types de bois en grume provenant du Pérou] et [qu'] il en [était] ainsi sans que l'on ait à rechercher si l'on avait importé au Chili, de quelque manière que ce soit, en provenance du Pérou ou de tout autre pays, les types de bois particuliers énumérés dans les mémoires ». On voit donc que la clause de la nation la plus favorisée était interprétée comme accordant les droits qu'un autre pays pouvait légitimement revendiquer pour ses produits sans que l'on ait à considérer si ledit pays avait effectivement bénéficié de ces droits pour des produits de ce type⁸¹.

7) Selon l'article 15, outre l'entrée en vigueur de la clause de la nation la plus favorisée, il faut pour que la clause produise effet que des avantages soient accordés à l'Etat tiers. Ces avantages peuvent aussi bien être « accordés » par traité ou par tout autre type d'accord conclu entre l'Etat concédant et l'Etat tiers. L'effet est-il le même si les avantages ne sont pas conférés par un traité, mais par le droit interne de l'Etat concédant ? Selon McNair :

Cette question est souvent réglée sans la moindre ambiguïté par le texte même de la clause en question. C'est ainsi que l'on rencontre fréquemment une clause ainsi rédigée :

« Tout ressortissant de chacune des Hautes Parties contractantes pourra librement acquérir et détenir sur le territoire de l'autre tous types de biens... dont les lois de l'autre Haute Partie contractante autorisent l'acquisition et la détention par les ressortissants de tout pays étranger. »

En revanche, lorsque le traité se borne à prévoir que les ressortissants de A peuvent prétendre bénéficier de tous droits et privilèges que B peut « conférer » aux ressortissants de C, on peut être amené à se demander si la clause vise le fait de conférer par traité ou celui de conférer par tout autre moyen, quel qu'il soit. Pour le Royaume-Uni, la réponse à cette question est que la clause vise le fait de conférer des droits et privilèges, de quelque manière que ce soit⁸².

8) Selon Nolde, « il est tout à fait indifférent que les faveurs accordées à ce *pays tiers quelconque* découlent de la législation interne de l'autre partie contractante ou des conventions que celle-ci passe avec un *pays tiers quelconque*⁸³ ». Plus loin, il qualifie cette règle « une règle depuis longtemps établie et absolument incontestable⁸⁴ ».

9) La résolution adoptée en 1936 par l'Institut de droit international est tout aussi explicite :

La clause de la nation la plus favorisée confère au bénéficiaire le régime accordé par l'autre partie contractante aux ressortissants, marchandises et navires de tout pays tiers en vertu de son droit interne aussi bien que de son droit conventionnel⁸⁵.

10) De toute évidence, la réponse à la question dont traitent les précédents paragraphes dépend de l'interprétation que reçoit la clause considérée. Le but de la règle que l'on propose est précisément d'aider à régler les cas dans lesquels la clause est rédigée de telle manière qu'on s'y réfère purement et simplement au traitement de la nation la plus favorisée, sans plus de précision sur son fonctionnement. On semble pouvoir présumer dans ces cas que l'intention des parties est de placer le bénéficiaire dans la même situation juridique que l'Etat tiers. C'est en se fondant sur cette idée et sur la thèse déjà adoptée par la Commission⁸⁶ — selon laquelle le bénéficiaire tire son droit du traité contenant la clause — que l'on propose la règle énoncée à l'article 15.

Article 16. — Extinction ou suspension de l'effet d'une clause de la nation la plus favorisée

1. On considère qu'il y a extinction ou suspension de l'effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée soit à la date de l'extinction ou de la suspension de son application, soit à la date de l'extinction ou de la suspension du traitement favorable accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers si cette date est antérieure.

2. On considère qu'il y a extinction ou suspension de l'effet d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité soit à la date définie au paragraphe 1, soit à la date de l'extinction ou de la suspension des avantages réciproques de l'Etat concédant et de l'Etat bénéficiaire relatifs au traitement spécifié dans la clause si cette date est antérieure.

COMMENTAIRE

1) Le paragraphe 1 utilise les expressions « extinction » et « suspension de l'application » de la clause dans le sens où ces mots sont employés dans la partie V de la Convention de 1969.

2) Il n'y a pas de règle particulière en ce qui concerne la possibilité de séparer une clause de la nation la plus favorisée d'autres dispositions du même traité. Les règles générales s'appliquent. Il y a lieu de décider cas par cas⁸⁷. Le problème de cette possibilité de séparation ne se pose pas dans les cas où l'ensemble du traité concerne le seul engagement de la clause de la nation la plus favorisée.

3) Si les parties à une clause de la nation la plus favorisée décident d'un commun accord de modifier leur convention en vue d'exclure certains avantages du champ d'application

⁸⁰ *Ibid.*, p. 279 et 280.

⁸¹ M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, vol. XIV, p. 750.

⁸² *Op. cit.*, p. 280.

⁸³ *Loc. cit.*, p. 48.

⁸⁴ *Ibid.* Voir, dans le même sens, Sauvignon, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁵ *Annuaire...* 1969, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

⁸⁶ Voir *Annuaire...* 1973, vol. II, p. 226, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, B, art. 7.

⁸⁷ Basdevant, *loc. cit.*, p. 481; D. P. O'Connell, « State succession and problems of treaty interpretation », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 58, n° 1 (janvier 1964), p. 45.

de la clause, cela aurait naturellement le même effet qu'une extinction ou une suspension partielle de la clause.

4) Dire que l'application de la clause prend fin au moment de son extinction ou de sa suspension revient presque à une tautologie et se passe d'explication. Un trait particulier qui découle de la nature même de la clause est que le droit de l'Etat bénéficiaire — et donc l'application de la clause — prend fin lorsque l'Etat tiers perd sa position privilégiée. Celle-ci ayant disparu, le fait même qui est à la base de l'entrée en vigueur de la clause n'existe plus et la clause cesse d'avoir effet. *Cessante causa, cessat effectus*⁸⁸.

5) C'est ainsi qu'en Finlande la Cour suprême administrative a, pour ce qui est de l'application de l'accord commercial conclu entre la Finlande et le Royaume-Uni, rendu le 12 mars 1943 un arrêt dans le sens qui suit :

Les droits applicables à certains produits en vertu de l'accord commercial conclu entre la Finlande et le Royaume-Uni devaient s'appliquer également aux produits importés d'Allemagne, conformément à la clause de la nation la plus favorisée en vigueur entre la Finlande et l'Allemagne. La Cour a décidé que, après que le Royaume-Uni eut déclaré la guerre à la Finlande, la clause de la nation la plus favorisée n'était plus applicable à l'Allemagne et, par conséquent, que les droits imposés aux marchandises en provenance de l'Allemagne devaient être traités de façon autonome et non plus par référence à l'accord commercial entre la Finlande et le Royaume-Uni⁸⁹.

6) Cette caractéristique de la clause de la nation la plus favorisée a été exposée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1936 de la manière suivante :

Les effets de la clause de la nation la plus favorisée ont leur durée limitée par celle des conventions avec les Etats tiers qui en ont déterminé l'application⁹⁰.

Au cours des débats relatifs à la codification du droit des traités, Jiménez de Aréchaga a proposé le projet de disposition suivant :

Lorsqu'il y a eu abrogation, par les parties à un traité, de dispositions conférant des droits ou privilèges, ou renonciation par elles à ces dispositions, un Etat tiers ne peut plus s'en prévaloir en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée⁹¹.

Ces deux textes se limitent au cas où l'avantage accordé par l'Etat concédant à un tiers Etat a été stipulé dans un traité.

7) La volonté des parties peut naturellement, dans des circonstances particulières, modifier l'application de la clause. De telles circonstances particulières existaient dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, dont les Etats-Unis ont saisi la CIJ⁹². La Cour a interprété la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités conclus entre les Etats-Unis et le Maroc conformément à la nature et à l'objet généraux de clause de la nation la plus favorisée.

Selon les propres termes de la Cour :

La seconde considération [des Etats-Unis] part de l'idée que les clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités conclus avec des pays tels que le Maroc doivent être considérées

comme une façon de formuler un texte à l'aide de référence plutôt que comme un moyen d'établir et de maintenir l'égalité de traitement sans discrimination entre les divers pays intéressés. Selon cette manière de voir, les droits ou privilèges qu'un pays est fondé à invoquer par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée et qui existaient à la date de l'entrée en vigueur de la clause seraient incorporés par référence d'une manière permanente, et la jouissance et l'exercice en seraient maintenus même après l'abrogation des dispositions conventionnelles dont ils découlent.

Entendue de l'une ou l'autre façon, cette thèse n'est pas compatible avec l'intention des parties aux traités dont il s'agit ici. C'est ce que montre tout à la fois la rédaction des traités particuliers et l'objet général qui se dégage de l'examen des traités [...]. Ces traités montrent que les clauses de la nation la plus favorisée avaient pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés⁹³.

Dans le même arrêt, la Cour a été d'avis que

Il n'est pas établi que les clauses de la nation la plus favorisée dans les traités avec le Maroc aient une autre signification ou un autre effet que dans les clauses semblables d'autres traités, ou soient régies par des règles de droit différentes. Lorsqu'il y a eu abrogation ou renonciation à l'égard de dispositions d'immunité fiscale contenues dans les traités entre le Maroc et les Etats tiers, on ne peut plus s'en prévaloir en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée⁹⁴.

8) Un exemple notable de changement des modalités générales d'application de la clause est fourni par l'Accord général du GATT. La disposition clef de l'accord est une clause générale de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les tarifs douaniers et autres droits contenue au paragraphe 1 de l'article I^{er}⁹⁵.

L'alinéa a du paragraphe 1 de l'article II de l'Accord général prévoit cependant que

Chaque partie contractante accordera aux autres parties contractantes, en matière commerciale, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu dans la partie appropriée de la liste correspondante annexée au présent Accord⁹⁶.

Selon Curzon :

On peut même maintenir que le paragraphe 1 de l'article II — relatif à l'accord de concessions — est d'une importance plus grande que la clause de la nation la plus favorisée elle-même [...]. Ce texte constitue un phénomène complètement nouveau dans le domaine de la législation commerciale internationale et un complément non négligeable de la clause de la nation la plus favorisée. Les « listes » sont les listes définitives de toutes les concessions faites par toutes les parties contractantes dans leurs négociations avec leurs partenaires commerciaux et de leurs taux maximaux. La différence entre cette disposition et la clause de la nation la plus favorisée est la protection que la première offre contre la hausse des tarifs des produits énumérés dans les listes. Tout en assurant le traitement de la nation la plus favorisée de manière inconditionnelle, la clause traditionnelle ne prévoit qu'une égalité de traitement à l'égard des changements tarifaires⁹⁷.

D'après Hawkins :

L'Accord général du GATT va, à cet égard, plus loin que le principe de la nation la plus favorisée. Chaque partie contractante

⁸⁸*Ibid.*, p. 191 et 192.

⁸⁹*Ibid.*, p. 204 et 205.

⁹⁰Voir GATT, *op. cit.*, p. 2. Texte reproduit dans *Annuaire...* 1970, vol. II, p. 236, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 144.

⁹¹GATT, *op. cit.*, p. 3.

⁹²G. Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade and its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, New York, Praeger, 1966, p. 64.

⁸⁸Snyder, *op. cit.*, p. 37; M. Sibert, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, vol. II, p. 255.

⁸⁹*Annuaire...* 1973, vol. II, p. 124, doc. A/CN.4/269, par. 13.

⁹⁰*Annuaire...* 1969, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

⁹¹*Annuaire...* 1964, vol. I, p. 194, 752^e séance, par. 1.

⁹²*C.I.J. Recueil 1952*, p. 176.

accordant une concession est par là même obligée d'accorder la même concession à toutes les autres parties contractantes, qui y ont toutes droit directement. Ce mécanisme diffère de la procédure faisant dépendre la seconde concession de ce que l'accord conclu entre la partie qui accorde la concession initiale et la partie qui l'a négociée reste en vigueur⁹⁸.

9) Un auteur français fait de l'application de la clause le tableau suivant :

[...] la clause peut être présentée sous l'image d'un flotteur, qui permet à son possesseur de se maintenir au niveau le plus élevé des obligations acceptées envers les Etats étrangers par l'Etat concédant ; s'il s'abaisse, le flotteur ne peut se transformer en ballon pour maintenir artificiellement le bénéficiaire de la clause au-dessus du niveau général des droits exercés par les autres Etats⁹⁹.

Dans le système du GATT, la disposition du paragraphe 1 de l'article II transforme en fait, ainsi qu'on l'a vu, le flotteur qu'est la clause en ballon (les concessions une fois accordées ne pouvant être ensuite retirées conformément à l'article XXVIII de l'Accord général qu'au moyen d'une procédure compliquée et difficile de consultations entre les parties contractantes). On estime cependant que le système particulier de l'Accord général constitue une exception à la règle générale de l'application de la clause, et que cette règle n'est aucunement affectée par l'application différente de la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre du GATT résultant d'un accord particulier entre les parties contractantes.

10) En ce qui concerne l'extinction ou la suspension de

l'application de la clause, il n'importe aucunement de savoir quelle est la cause qui a mis fin aux avantages accordés à des Etats tiers. La règle proposée pouvant être écartée, les parties à un traité contenant la clause peuvent convenir de poursuivre le traitement favorable qu'elles s'accordent mutuellement même après l'expiration des avantages accordés à un Etat tiers. Les parties au traité peuvent également maintenir leurs avantages réciproques sur la base d'arrangements particuliers. Sauvignon fournit l'exemple historique suivant :

Le conflit italo-abyssin fournit un dernier exemple de maintien d'un avantage à l'égard d'un Etat bénéficiaire de la clause au-delà de la durée du traitement du tiers favorisé. Les sanctions contre l'Italie se traduisirent, de la part des Etats membres de la Société des Nations, par la dénonciation de leurs traités de commerce avec Rome. Normalement, les faveurs contenues dans ces traités devaient cesser, du même coup, de profiter aux pays tiers bénéficiaires de la clause. Ces faveurs leur furent toutefois maintenues sur la base de l'article 16, par. 3, du Pacte. On sait que, par cet article, les membres de la Société convenaient de se prêter un appui mutuel dans l'application des mesures économiques et financières prises à titre de sanction, « pour réduire au minimum les pertes et les inconvénients qui [pouvaient] en résulter »¹⁰⁰.

Suivant le même auteur :

L'Article 49 de la Charte [des Nations Unies] (assistance mutuelle dans l'exécution des mesures arrêtées par le Conseil de sécurité) peut également justifier une demande en ce sens de la part d'un Etat bénéficiaire, éventuellement après que celui-ci a procédé à la consultation prévue par l'Article 50¹⁰¹.

⁹⁸*Op. cit.*, p. 226, note 4 relative au chapitre VIII.

⁹⁹Cl. Rossillion, « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *Journal du droit international*, Paris, 82^e année, n° 1, janvier-mars 1955, p. 106.

¹⁰⁰*Op. cit.*, p. 96 et 97.

¹⁰¹*Ibid.* Pour des détails sur le différend entre l'Ethiopie et l'Italie, voir SDN, *Journal officiel, Supplément spécial n° 145*, p. 26, et *Supplément spécial n° 150*, p. 11 et 12.