

La politique de voisinage et la libre circulation des services : Etat des lieux et perspectives d'avenir pour les pays de la rive sud de la méditerranée

La politique de voisinage¹ est le nouveau cadre d'organisation et de conduite des relations extérieures de l'Union européenne avec les pays voisins en Europe comme au sud². Ramenée à elle-même, cette dernière n'a pas un contenu spécifique, en ce sens qu'elle ne constitue pas un nouvel Accord qui aurait pour vocation de remplacer ceux déjà en vigueur. Elle est donc un instrument de dialogue³ qui reprend sous forme d'actions prioritaires, une série d'objectifs préalablement définis dans les Accords de partenariat et de coopération signés avec les pays européens non membres, ainsi que dans les Accords d'association établis avec les pays de la Communauté du sud méditerranéen. Initiée au départ par une communication de la commission européenne du 11 mars 2003, intitulée « l'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour nos relations avec nos voisins de l'Est et du sud »⁴, ce nouvel instrument n'est pas s'en rappeler les cadres de négociations établis pour les pays candidats à l'Union européenne⁵. En effet, les mécanismes de voisinage et de préadhésion sont comparables, dès lors qu'ils s'appuient sur le rapprochement des normes convenues,⁶ et ce quand bien même les domaines identifiés pour les pays voisins restent limités.⁷ Les deux conçoivent par ailleurs des mesures transitoires afin de permettre aux Etats candidats comme aux Etats voisins d'adapter leurs législations. Les rapports de suivi constituent ensuite les documents de base

¹ Dali Jazi, Politique de voisinage et partenariat euro-méditerranéen, in Les relations euro-méditerranéennes et la Mondialisation, Réalités, juillet 2006. p.66.

² Tunisie, Maroc, Algérie, Egypte, Jordanie, Liban, Autorité Palestinienne, Israël, Arménie, Azerbaïdjan, Belarus, Géorgie, Moldavie et Ukraine.

³ « La méthode proposée consiste à définir, avec les pays partenaires, un ensemble de priorités dont la réalisation les rapprochera de l'Union européenne. Ces priorités seront intégrées dans des plans d'action adoptés conjointement, couvrant un certain nombre de domaines-clés qui requièrent une action spécifique... » COM (2004) 373 final, Politique de voisinage, document d'orientation.

⁴ COM (2003) 104 final, 11.3.2006

⁵ Bulgarie, Roumanie, Turquie et Croatie.

⁶ L'acquis communautaire comprend les dispositions figurant dans les traités constitutifs de l'UE, la législation adoptée en application de ces traités, les actes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune, ainsi que ceux relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, et enfin les accords internationaux conclus par la Communauté et par les accords conclus entre les Etats membres dans le cadre de l'UE. Voir dans ce sens, SAURON, Jean-Luc; CONSTANTINESCO, Vlad (Préface). Cours d'Institutions européennes, Le puzzle européen. 2ème éd. Paris: Gualino éditeur, octobre 2004.

⁷ Article 52 de l'Accord d'association conclu le 17 juillet 1996 « la coopération vise à aider la Tunisie à rapprocher sa législation de celle de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord. ». La politique agricole commune est par exemple exclue des domaines de coopération.

qui permettent à la commission d'évaluer « l'état de santé » du partenariat.⁸ La politique de voisinage pourrait alors être considérée comme un plan de préadhésion, non pas à l'Union européenne, mais à un espace géopolitique⁹ euro-méditerranéen¹⁰ encore en gestation. Les plans d'action communément adoptés par les pays associés et l'Union européenne, en 2005¹¹, mentionnent tous en effet que, « Au-delà des relations existantes, la politique européenne de voisinage a pour objectif de proposer aux voisins de l'UE la perspective d'un degré élevé d'intégration économique notamment à travers une intégration progressive au marché intérieur ainsi qu'un approfondissement de la coopération politique, culturelle et sociale. ». Cette politique devrait dans ces conditions conduire à une série d'accords tels que celui relatif à la libéralisation du secteur des services, objet de la présente étude. La perspective de cet Accord n'est pas nouvelle, et figure dans les Accords euro-méditerranéens au titre III relatif au droit d'établissement et services, ainsi que dans la Déclaration de Barcelone du 28 novembre 1995, sous le chapitre « Partenariat économique et financier : construire une zone de prospérité partagée ».¹² Plus récemment, le commerce des services a fait l'objet de la conférence ministérielle Euromed du mois de mars 2006, dans laquelle, il a été confirmé que, « Les ministres ont réitéré leur engagement à procéder à la libéralisation du commerce des biens en parachevant le projet d'une zone de libre-échange intégrée pour les services et les investissements à travers la région euro-méditerranéenne. ».¹³ Les conclusions de la conférence euro-méditerranéenne de Tampere¹⁴ ensuite indiquent que l'un des objectifs prévus pour l'année 2007, est précisément la poursuite des négociations en vue d'établir une zone euro-méditerranéenne de libre-échange en matière de services et d'investissements.

⁸ Rapport d'évaluation sur la Turquie SEC (2006)1390 du 08.11.2006.

⁹ Roberto ALIBONI, "The geopolitical implications of the neighbourhood policy" *European Foreign Affairs Review* 2005, v. 10, n.1, Spring, p.1-16. La commission mentionne dans une communication du 12.5.2004 intitulée « Politique européenne de voisinage » que, « La PEV contribuera au développement du processus d'intégration régionale, en s'appuyant sur les résultats atteints dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen entre autre dans le domaine du commerce. Elle renforcera les efforts consentis pour atteindre les objectifs de la stratégie européenne de sécurité dans la région méditerranéenne et le Moyen-Orient. ».

¹⁰ « La régionalisation Nord-Sud semble en effet devoir être l'organisation territoriale gagnante de la mondialisation, voire de la globalisation que nous constatons. Associant des pays de niveaux économiques différents, mais complémentaires, un espace intégrant les marchés de marchandises, de services, de capitaux et de main d'œuvre, les grandes régions sont en réalité en train de redessiner la géographie économique du globe. Il serait dommage que le Nord et le Sud de la Méditerranée manquent ce tournant, alors qu'ils constituent un ensemble régional dont l'intégration potentielle a les meilleures chances de succès. » Tahar SIOUD, *La Méditerranée est-elle une zone de vulnérabilité économique dans la mondialisation ? Les faiblesses et les blocages exogènes et endogènes du partenariat euro-méditerranéen*, Réalités, op. Cité p.12 et suivants.

¹¹ Plan d'action Tunisie/UE du 4 juillet 2005, plan d'action Maroc/UE, plan d'action Jordanie/UE

¹² Les échanges de services y compris le droit d'établissement seront progressivement libéralisés en tenant dûment compte de l'accord GATT. Déclaration de Barcelone du 28 novembre 1995.

¹³ Les conclusions sont consultables à l'adresse suivante : <http://www.mce.gov.ma/conference/conclusions.pdf>

¹⁴ 8^{ème} Conférence euro-méditerranéenne des Ministres des Affaires étrangères des 27 et 28 novembre 2006.

La libre prestation de services se définit donc comme la prestation temporaire d'un service effectué par un prestataire dans un autre État membre que l'État dans lequel il est établi. Les services renvoient en effet à toute activité économique non salariée, et consistant à fournir une prestation qui fait l'objet d'une contrepartie économique. Sa libéralisation est considérée comme un facteur de production au même titre que la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux, en faisant l'objet toutefois d'un régime juridique distinct, aussi bien au niveau du droit communautaire que celui de l'OMC.¹⁵ Ainsi, sans poser de définition claire, l'article 50 du traité de Rome consacre d'abord, la règle suivant laquelle la liberté de prestation de services est soumise à un régime juridique différent.¹⁶ Le même article détermine ensuite la nature des activités pouvant faire l'objet de libéralisation, et qui sont, les activités à caractère industriel, les activités à caractère commercial, les activités artisanales ainsi que les activités des professions libérales.

A l'inverse, l'article premier de l'Accord Général sur le Commerce des services (l'AGCS) ne détermine pas la nature des activités à libéraliser, et adopte une approche par modes de prestation, fondée sur une condition de franchissement de frontières.¹⁷

La référence générale à l'AGCS dans les accords euro-méditerranéens sert ainsi de base à la conduite des négociations en cours pour un secteur disposant d'une valeur ajoutée univoque.

Dès lors, la question est, quelles sont les perspectives d'évolution du libre commerce des services dans le cadre de la politique de voisinage ?

Pour y répondre il convient d'étudier dans un premier temps la réception de la libre prestation des services dans les Accords euro-méditerranéens (I) avant d'entrevoir les perspectives de son évolution dans la politique de voisinage¹⁸ (II)

¹⁵ L'Accord Général sur le Commerce des services

¹⁶ L'article 50 TCE mentionne que, « Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. ».

¹⁷ Les quatre modes de fourniture de services sont :

Fourniture d'un service par un pays membre à destination d'un autre membre (exemple : appels téléphoniques internationaux);

Fourniture d'un service sur le territoire d'un pays membre à destination d'un consommateur de tout autre membre (exemple : tourisme);

Fourniture d'un service grâce à une présence commerciale d'un membre sur le territoire d'un autre membre (exemple : services bancaires);

Fourniture d'un service par des personnes d'un pays membre sur le territoire de tout autre membre (exemples : projets de construction, mannequins de mode, consultants).

¹⁸ Suivant le plan Palerme les négociations devraient aboutir à l'adoption d'un Protocole cadre sur la libéralisation des services ainsi qu'à un accord de libre-échange conforme à l'article V de l'AGCS.

I. La réception du principe de libre prestation de services dans les Accords euro-méditerranéens

Les accords euro-méditerranéens¹⁹ sont construits autour d'un principe directeur : l'extension de l'association au commerce des services selon les conditions posées par l'AGCS. Ce dernier se distingue par son caractère universel, et porte pour l'essentiel sur trois éléments ; un cadre général relatif aux obligations fondamentales des Etats membres de l'OMC, des listes nationales d'engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés, et enfin, des annexes déterminant les conditions spéciales applicables aux différents secteurs. Son article V en particulier²⁰ relatif aux accords bilatéraux et régionaux pouvant être conclus, retient trois conditions fondamentales pour leur validité. L'objet d'abord, doit couvrir un nombre conséquent de secteurs et sous-secteurs. Aucun mode de fourniture de services ensuite ne devrait à priori être exclu. La troisième enfin reconnaît au profit des Etats signataires de l'accord la plus grande flexibilité pour la libéralisation du commerce des services. L'établissement de zones euro-méditerranéennes de libre-échange est dans ces conditions soumis à un calendrier qui a pour but de tenir compte de la situation intérieure de chaque Etat Membre. Dix ans selon les dispositions de l'OMC, est « le délai raisonnable » au-delà duquel les objectifs fixés cessent d'être visibles, sauf justification. La période de transition qui a donc été retenue dans les accords euro-méditerranéens est de 12 ans, conformément aux dispositions de l'article XXIV du GATT²¹, à l'exception toutefois de l'Egypte pour lequel la période est de quinze. Des échéances ont également été fixées à l'intérieur du délai déterminé suivant les volets concernés pour une mise en œuvre graduelle. C'est le cas notamment de l'ouverture des négociations en matière de services qui a été renvoyée à cinq ans après l'entrée en vigueur de chaque Accord. L'article 31 de l'Accord d'association signé entre la Tunisie et les Communautés européennes²², mentionne à cet égard que, « Les parties conviennent d'élargir le champ d'application de l'accord de manière à inclure le droit d'établissement des sociétés d'une partie sur le territoire de l'autre partie et la libéralisation de la fourniture de

¹⁹ Pour une vue d'ensemble des Accords euro-méditerranéens, voir Euro-Med agreements Implementation Guide du 30 juillet 2004, disponible à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/comm/external_relations/euromed/asso_agree_guide Article 1^{er} de l'Accord d'association

²⁰ Jean-Marc SIROEN, la régionalisation de l'économie mondiale, Ed. La Découverte, Paris, 2000, 122 p.

²¹ Imed FRIKHA, La projection de la mondialisation à travers l'Association, Droit communautaire et mondialisation, Laboratoire de droit communautaire et de relations Maghreb-Europe, CPU, 2003, p.24.

²² Signé le 17 juillet 1995 et entré en vigueur depuis le 1^{er} mars 1998

services par les sociétés d'une partie envers les destinataires de services dans une autre partie. ».²³ Cet engagement figure aussi dans les dispositions de l'article 1^{er} lequel indique que la libéralisation progressive des échanges de biens, de services et de capitaux est l'un des objectifs de l'association.

Le même principe figure également à l'article 37 de l'Accord d'association conclu entre les Communautés européennes et l'Algérie²⁴, puis à l'article 30 de l'Accord euro-méditerranéen signé avec l'Égypte le 25 juin 2001, et enfin, aux articles 30, 31, 40 et 29 des Accords signés respectivement avec le Liban²⁵, le Maroc²⁶, la Jordanie²⁷ et Israël²⁸.

Si le principe général d'une libéralisation progressive²⁹ a été retenu dans l'ensemble des accords mentionnés, à l'exception de celui fait pour l'Autorité palestinienne³⁰, les modes de prestation mentionnés diffèrent d'un Accord à un autre. La réception variable du principe de libre fourniture des services traduit donc un choix pragmatique, justifiée essentiellement par la concurrence entre les territoires pour attirer des capitaux et des investissements. La politique progressive fait partie en effet de l'esprit même des négociations menées dans le cadre de l'AGCS, et rappelle également la politique des petits pas conduite dans le cadre de la réalisation du Marché commun des services³¹.

La réception de ce principe dans les accords euro-méditerranéens révèle que le commerce des services porte à la fois sur la prestation transfrontière des services et sur le droit d'établissement.

²³ Abderraouf MAHBOULI, L'intégration européenne à l'avant-garde de la mondialisation, , p.4 et suivant.

²⁴ Accord d'association signé le 22 avril 2002 et entré en vigueur le 22 août 2005. L'article 37, paragraphe 2 stipule que, « Les parties Les parties s'engagent à envisager le développement du présent titre dans le sens de négocier « un accord d'intégration économique » au sens de l'article V de l'AGCS. Pour formuler ses recommandations, le Conseil d'association tient compte de l'expérience acquise dans la mise en œuvre de du traitement de la nation la plus favorisée et des obligations de chaque partie dans le cadre de l'AGCS, et notamment de son article V ».

²⁵ Accord euro-méditerranéen du 17 juin 2002.

²⁶ Accord euro-méditerranéen du 26 février 1996.

²⁷ Accord euro-méditerranéen du 24 novembre 1997.

²⁸ Accord euro-méditerranéen signé en novembre 1995.

²⁹ Le GATS prévoit des négociations dans un délai de cinq ans en vue d'élever le niveau de libéralisation du commerce des services. Cette libéralisation porte sur le renforcement des engagements prévus dans les listes que sur la réduction des effets restrictifs des mesures prises par les gouvernements.

³⁰ Accord euro-méditerranéen signé en février 1997, ledit accord ne comporte pas à ce jour de titre relatif au droit d'établissement et services.

³¹ Deux programmes généraux fixant le calendrier de l'élimination des restrictions à la liberté d'établissement pour les ressortissants communautaires telle que prévue par l'ancien article 52 TCE, ont été adoptés par le Conseil le 18 décembre 1961. La période de transition a été fixée au 1^{er} janvier 1971. A son échéance, la CJCE a d'abord reconnu l'applicabilité directe de l'article en question puis l'a étendu à la libre prestation de services avec l'arrêt Van Binsbergen (CJCE 3 déc. 1974, Rec. 1299).

I.1.- La prestation transfrontière des services

Le volet services fait l'objet d'un traitement avancé en ce qui concerne l'Algérie et la Jordanie, tandis qu'il se limite pour l'ensemble des autres accords à consacrer un principe général du libre commerce des services. La prestation transfrontalière des services signifie précisément que les parties s'engagent à ne pas imposer à leurs fournisseurs respectifs, l'obligation d'établir un bureau de représentation ou une société sur leurs territoires, ou d'y être résidents, aux fins d'exercer le commerce transfrontalier. L'article 31 de l'accord conclu entre les Communautés européennes et l'Algérie³² la consacre expressément, en disposant que, « En ce qui concerne les services de prestataires communautaires fournis sur le territoire de l'Algérie par des moyens autres qu'une présence commerciale ou la présence de personnes physiques visés aux articles 32 et 33, l'Algérie réserve aux prestataires de services communautaires un traitement non moins favorable que celui accordé aux sociétés de pays tiers. ».

La première observation que le texte soulève est relative à l'absence d'une définition claire du commerce transfrontalier³³, alors même que cette notion fait l'objet de différentes interprétations dans les Accords de commerce régionaux.³⁴

En effet, certains Accords de libre-échange ont retenu une définition large du commerce transfrontalier. Ainsi par exemple, l'article 1213 de l'Accord de libre-échange nord-américain de janvier 1994³⁵, intègre la présence physique de fournisseurs de services au commerce transfrontalier, en disposant que, « La prestation transfrontière d'un service ou commerce transfrontière de services signifie la prestation d'un service :

- a) en provenance du territoire d'une Partie et à destination du territoire d'une autre Partie;
- b) sur le territoire d'une Partie, par une personne de cette Partie, à une personne d'une autre Partie; ou
- c) par un ressortissant d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie. ».

³² Des négociations ont été engagées depuis fin 2003, en vue de l'accession de l'Algérie et du Liban à l'OMC,

³³ Article 36 de l'AA signé avec l'Algérie relatif aux définitions du volet services ne le précise pas.

³⁴ « Faut-il insister, certes oui, sur une tendance persistante que nous sommes en train de voir et qui est la régionalisation de la mondialisation ? (...) Tahar SIOUD, op. cité p.13

³⁵ ALENA, le texte de l'Accord est disponible à l'adresse suivante : <http://www.international.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp>

Le point c) du texte susvisé assimile donc la prestation de services via la présence de personnes physiques au commerce transfrontalier, sans l'astreindre à priori d'une condition préalable d'établissement ou de résidence.³⁶

En droit communautaire, la notion de prestation transfrontalière de services implique également le déplacement provisoire de personnes physiques d'un Etat membre vers un autre.

Or, dans le cadre de l'AA conclu avec l'Algérie, cette possibilité ne semble pas avoir été reconnue explicitement aux deux parties. L'article 31 relatif à la prestation transfrontalière de services n'indique pas en effet d'une manière expresse, qu'il s'applique aux fournisseurs de services algériens, et dispose que, « En ce qui concerne les services de prestataires communautaires fournis sur le territoire de l'Algérie par des moyens autres qu'une présence commerciale ou la présence de personnes physiques visés aux articles 32 et 33, l'Algérie réserve aux prestataires de services communautaires un traitement non moins favorable que celui accordé aux pays tiers. ».

Le même texte définit donc la prestation transfrontalière, d'une manière négative, en excluant de son champ d'application le droit d'établissement, tel qu'il est reconnu aux personnes physiques et morales. Or, si l'on se rapporte encore à l'ALENA, l'on constatera que les droits respectifs des parties sont dits explicitement. L'article 1201, précise en effet que le commerce transfrontalier de services « s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement au commerce transfrontalier de services effectué par des fournisseurs de services d'une autre Partie. ». La différence entre les textes révèle en conséquence une variation non négligeable de la notion du commerce transfrontalier. Dans l'AA précisée, la prestation transfrontalière de services est assimilée à une opération d'investissement³⁷, et peut être réalisée par toute personne physique ou morale³⁸, alors que dans l'ALENA, cette question est traitée d'une manière autonome. Le commerce transfrontalier précise l'article 1213, « ne comprend pas la prestation d'un service sur le territoire d'une partie *par un investissement* ». C'est donc

³⁶ Les fournisseurs de services sont ainsi définis comme toutes personnes d'une Partie qui cherchent à fournir ou qui fournissent un service. Article 1213 de l'ALENA.

³⁷ L'investissement est défini comme « l'opération tendant à la création d'un capital ou d'accroître le potentiel économique, le patrimoine matériel ou la capacité de production d'un pays. » Ferhat HORCHANI, *L'investissement Inter-Arabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, CERP, Tunis 1992 p.86.

³⁸ L'article 36, dispose que, « Aux fins du présent chapitre on entend par :

a) « fournisseur de services » toute personne physique ou morale qui fournit un service en provenance du territoire d'une partie et à destination du territoire de l'autre partie, sur le territoire d'une partie à l'intention d'un consommateur de services de l'autre partie, grâce à une présence commerciale (établissement) sur le territoire de l'autre partie et grâce à la présence de personnes physiques d'une partie sur le territoire de l'autre partie. ».

l'article 1139³⁹, qui précise que les investissements sont restreints aux activités effectuées par des entreprises, objet du chapitre 11.⁴⁰

L'AA, en revanche étend les opérations d'investissement aux personnes physiques comme morales, tout en les confondant avec des activités transfrontalières de fourniture de services. L'article 35 pris conformément aux dispositions de l'article VI de l'AGCS mentionne à cet égard dans son paragraphe 4 que, « Nonobstant toutes autres dispositions du présent accord, une partie ne doit pas être empêchée de prendre des mesures prudentielles, notamment dans le but de protéger des *investisseurs*, des déposants, (...)».

Il serait quand même difficile dans ces conditions, et ce même en l'absence d'une consécration claire, de limiter la portée de l'article 31 aux seuls fournisseurs de services communautaires. L'article 30 de l'AA en effet consacre l'application au bénéfice de l'Algérie de la clause de la nation la plus favorisée combinée à celle relative au traitement national. Ce dernier stipule que, « La Communauté européenne et ses Etats membres étendent à l'Algérie le traitement auquel ils sont tenus au titre de l'Article II.1 ».⁴¹ Son deuxième paragraphe rajoute ensuite que, « La Communauté européenne et ses Etats membres accordent aux fournisseurs de services algériens un traitement non moins favorable que celui réservé aux fournisseurs de services similaires conformément à la liste d'engagements spécifiques de la Communauté européenne et de ses Etats annexée à l'AGCS ».

En conséquence, l'étendue des avantages auxquels l'Etat bénéficiaire, en l'occurrence, l'Algérie peut prétendre, est limitée par le traitement accordé par l'Etat concédant, à savoir l'Union européenne, à un Etat tiers.

Il apparaît par conséquent que les dispositions de l'article 30 sont d'une portée générale et qu'ils s'appliqueraient alors à tous les modes de fourniture de services, tels qu'ils ont été énumérés aux articles suivants. Ceci est d'autant plus confirmé que l'AGCS vise une libéralisation sur la base d'avantages mutuels. Quel est le sens et la portée du droit d'établissement, est-il question d'un droit clair et univoque qui autoriserait les sociétés comme les personnes physiques non communautaires à s'implanter sur le territoire de la Communauté ou

³⁹ L'article 1139 mentionne que, « l'investissement désigne : une entreprise, un titre de participation à une entreprise, un titre de créance d'une entreprise, un prêt à une entreprise, un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise, un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt, les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales, les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur son territoire, ainsi que tout autre créance.».

est-ce un droit soumis à des limitations et des restrictions ? C'est l'objet de cette seconde sous section.

I. 2.- Le droit d'établissement

Le droit d'établissement signifie la prestation d'un service d'une manière durable et continue, qu'elle soit réalisée grâce à la présence de personnes morales ou grâce encore à la présence de personnes physiques.

A. La présence commerciale

L'article 32 de l'AA conclu avec l'Algérie se consacre à la présence commerciale, en prévoyant que, « L'Algérie réserve à l'établissement de sociétés communautaires sur son territoire un traitement non moins favorable que celui accordé aux sociétés de pays tiers. » L'alinéa b) ensuite du 1^{er} paragraphe étend la clause NPF aux succursales ainsi qu'aux filiales des sociétés communautaires.

L'article V(6) du GATS dispose dans ces conditions qu'un fournisseur de services de tout Etat membre, qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1^{er} aura droit au traitement prévu par le dit accord, à condition qu'il effectue des opérations substantielles sur le territoire des parties audit accord.

Le sens qui en est retenu en droit communautaire est identique, dès lors que la présence commerciale équivaut au droit d'établissement, et se rapporte plus précisément à la constitution et à la gestion d'entreprises. Elle signifie dans ce contexte qu'un fournisseur de services peut mener des activités de manière stable et continue sur le territoire de n'importe quel Etat membre. L'article 32 de l'Accord bilatéral signé avec l'Algérie ensuite, est à peu près identique, sauf qu'il a essentiellement pour objectif d'attirer des investisseurs communautaires vers l'Algérie. La liberté d'établissement est en effet reconnue aux sociétés communautaires, à leurs succursales ou à leurs filiales, sans obligation de transfert d'activités. Les trois conditions qui sont généralement requises pour l'exercice du droit d'établissement, sont donc les suivantes ; il faut d'abord que le

service soit rendu, que le prestataire dispose ensuite d'un établissement sur le territoire du pays associé, et que la prestation s'accompagne enfin d'un franchissement de frontières.⁴²

Le texte prévoit en outre dans son point b, que le principe relatif à un traitement « non moins favorable » tel que retenu par l'AGCS, ne s'applique aux fournisseurs communautaires, que s'il est « meilleur ».⁴³ Cette seconde règle de traitement, à savoir la règle du traitement national, se rajoute en effet à la clause de la nation la plus favorisée, et vise en particulier à garantir l'application du traitement qui est le plus favorable des deux, à l'égard des fournisseurs communautaires.

Ce procédé a également été retenu à l'article 30 de l'AA signé avec la Jordanie, ainsi que dans de nombreux Accords de commerce régionaux, comme par exemple celui conclu entre les Etats-Unis et Singapour.⁴⁴ Ce dernier en effet consacre à l'article 15.4 les deux règles de traitement, en mentionnant ce qui suit, « (...) Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements visés le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement le plus avantageux des deux étant appliqué. ».

Le droit d'établissement est par ailleurs reconnu dans les autres accords euro-méditerranéens, ainsi le paragraphe premier de l'article 31 de l'AA conclu avec la Tunisie mentionne que, « Les parties conviennent d'élargir le champ d'application de l'accord de manière à inclure le droit d'établissement des sociétés d'une partie sur le territoire de l'autre partie. ». Ce même principe a été également retenu dans les Accords euro-méditerranéens conclus avec le Maroc, l'Egypte et Israël.

⁴² Louis et Joseph VOGEL, op. Cité p.26 et suivants.

⁴³ L'article 2 de l'AGCS mentionne que, « Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1^{er} pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncés à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe. » Le texte enfin rajoute ce qui suit, « Les dispositions du présent accord ne seront pas interprétées comme empêchant un Membre de conférer ou d'accorder des avantages à des pays limitrophes pour faciliter les échanges, limitées aux zones frontières contigües, de services qui sont produits et consommés localement. »

⁴⁴ Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et Singapour, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

B. La présence de personnes physiques

L'article 33 concernant la fourniture de services grâce à la présence de personnes physiques, est sans doute celui qui distingue davantage l'accord conclu avec l'Algérie. En effet lorsqu'on se reporte à ceux qui ont été signés avec la Tunisie, l'Egypte ou encore le Maroc, l'on constate que seules les sociétés y sont expressément mentionnées. Faut-il en conclure que le mode relatif à la fourniture de services grâce à la présence de personnes physiques sera exclu du champ des négociations ? Difficile de se prononcer, il apparaît toutefois et sur la base de l'article premier de l'AGCS qu'aucun mode de prestation de services ne peut être exclue. A moins que les ressortissants des pays associés fassent l'objet d'un traitement autonome en leur qualité d'investisseurs, ce qui demeure possible compte tenu de certains accords de commerce régional, comme nous allons le voir.

Pour revenir à la législation en vigueur, il apparaît que les conditions fixées pour bénéficier du principe de libre prestation de services révèlent cependant qu'il s'agit d'une application limitée. Les restrictions en effet concernent à la fois les personnes ainsi que le type d'activités qui peut être fourni à titre provisoire. Plus précisément, le texte ne permet pas l'accès au marché à tout fournisseur de services mais seulement à ceux qui sont employés ou associés à une société de l'une ou de l'autre partie, *établie* respectivement sur le territoire de la Communauté ou de l'Algérie. Le paragraphe premier dispose dans ces conditions que, « Une société de la Communauté ou une société algérienne établie respectivement sur le territoire de l'Algérie ou de la Communauté a le droit d'employer ou de faire employer par l'une de ses filiales ou succursales, conformément à la législation en vigueur dans le pays d'établissement hôte, des ressortissants des Etats membres de la Communauté ou de l'Algérie respectivement, à condition que ces personnes fassent partie du personnel de base défini au paragraphe 2, et qu'elles soient exclusivement employées par ces sociétés, leurs filiales ou leurs succursales. Les permis de séjour et de travail de ces personnes se limitent à la durée de leur engagement. »

Une seconde condition vient ensuite restreindre davantage la portée de ce principe. Seules les personnes employées depuis au moins une année peuvent prétendre à une liberté de circulation, elle-même limitée à la durée de leurs activités. Le paragraphe 2 en dresse une liste bien définie. Les catégories concernées par la libre prestation de services doivent ainsi être des cadres supérieurs, ou des personnes disposant d'un savoir particulier par rapport au service fourni, ou

encore des personnes transférées temporairement à l'intérieur de leur entreprise, lorsque la société qui les emploie dispose *préalablement* d'un établissement sur le territoire du pays d'accueil. Dès lors la question qui se pose est de savoir quels sont les critères qui pourront justifier qu'une personne dispose effectivement d'un savoir faire particulier ? La notion peu précise renvoie en effet au problème relatif à la reconnaissance professionnelle, laquelle, à défaut de simplification des procédures et des règlements, risquent de constituer un obstacle majeur à la pleine réalisation de la libéralisation des services. L'article VII de l'AGCS mentionne en effet que la reconnaissance professionnelle de l'éducation ou de l'expérience acquise, peut se faire, soit par une harmonisation des normes et des critères convenus, soit encore par le biais d'un accord ou de tout autre arrangement, de manière à ce que cette reconnaissance soit effectivement accordée. Quel que soit le choix des parties, le même texte spécifie que l'autorisation d'exercer ne devra en aucun cas constituer une restriction déguisée à la libre fourniture des services.

Le paragraphe 3 de l'article 33 enfin exclut des activités autorisées pour les fournisseurs de services des deux parties, celles relatives à la vente directe et à la fourniture directe de services, en disposant que, « L'entrée et la présence temporaire sur les territoires respectifs de l'Algérie et de la Communauté de ressortissants des Etats membres ou de l'Algérie respectivement sont autorisées lorsque ces représentants de sociétés sont cadres supérieurs d'une société au sens du paragraphe 2, point (a)⁴⁵ et sont chargés de l'établissement d'une société algérienne ou d'une société communautaire respectivement dans la Communauté ou en Algérie, à deux conditions :

- ces représentants ne se livrent pas à des ventes directes ou ne fournissent pas eux-mêmes des services ;
- la société n'a pas d'autre représentant, bureau, succursale ou filiale respectivement dans un Etat membre de la Communauté ou en Algérie. ».

Il en résulte que la fourniture de services grâce à une présence physique ne peut s'exercer que par l'intermédiaire d'une société, d'une succursale ou encore d'une filiale. La réception du 4^{ème} mode de fourniture de services dans l'Accord euro-méditerranéen conclu avec l'Algérie est donc en réalité fortement tributaire du 3^{ème} mode de prestation relatif à une présence commerciale, définis tous deux par l'article II de l'AGCS. Il apparaît donc clairement que l'admission provisoire des catégories de personnes mentionnées n'est possible, que si celles-ci sont

⁴⁵ Les cadres supérieurs au sens du point a) du paragraphe 2 de l'article 33 sont les personnes dont la fonction principale consiste à diriger la gestion de l'établissement, sous la surveillance ou la direction générales du conseil d'administration ou des actionnaires ou leur équivalent, et qui sont chargées de diriger l'établissement ou le service de l'établissement, de surveiller et de contrôler le travail d'autres membres du personnel exerçant des fonctions techniques, ou d'engager et licencier ou recommander l'engagement ou le licenciement de personnel, ou encore l'adoption de mesures concernant celui-ci.

employées ou associées à une société disposant préalablement d'un établissement sur le territoire de l'une ou de l'autre partie à l'accord. A défaut, leur admission n'est acceptée que dans la mesure, où leur mission se limite à l'ouverture d'un établissement. Dès lors, l'Etat bénéficiaire, en l'occurrence l'Algérie ne peut revendiquer le traitement NPF que pour la catégorie de personnes visée par un traitement spécifique ou par un certain avantage tel qu'il découle de l'article 33 de l'AA.

En ce qui concerne ensuite le type d'activités concerné par le commerce de services, il semble en effet que l'article V de l'AGCS ait une fois encore consacré une notion large des activités pouvant être libéraliser, en stipulant clairement que, « les services comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». Toutes les activités à caractère industriel, commercial, artisanal ainsi que les professions libérales peuvent donc en principe être retenues.⁴⁶

L'article 1^{er} de l'AGCS exclut les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental en précisant qu'ils s'entendent de tout service qui n'est pas fourni sur une base commerciale et qui ne rentre pas en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services.

Le régime prévu ensuite par le traité de Rome retient aussi la même solution, en mentionnant à l'article 45 que, « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre (relatif au droit d'établissement), en ce qui concerne l'Etat membre intéressé, les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ». Les emplois relevant de la fonction publique ne sont donc pas concernés. Il semble dans ces conditions, et ce même en l'absence à ce jour, d'une clause excluant les services publics dans les accords euro-méditerranéens, que ce domaine ne peut pas être concerné.

La notion de service public est toutefois difficile à cerner dans certains cas et en particulier en ce qui concerne certains aspects de la profession libérale. Prenons pour exemple la profession d'Avocat, la pratique en droit interne relative notamment à l'obligation d'appartenir à un conseil de l'ordre, peut conduire à son exclusion. C'est la solution qui a été par exemple retenue par l'Accord de libre-échange signé entre le Maroc et les Etats-Unis.⁴⁷ Plus précisément deux Annexes portant sur les mesures non conformes aux engagements pris ont été adoptées, la première est relative aux mesures dérogatoires en fonction des textes en vigueur, la seconde est quant à elle réservée au maintien ou à l'adoption de mesures restrictives dans des secteurs non

⁴⁶ Article 50 TCE.

⁴⁷ Les négociations relatives à un ALE entre le Maroc et les Etats-Unis ont démarré en janvier 2003, et l'Accord conclu en mars 2004.

réglementés, et ce pour une période transitoire de 2 ans. L'annexe I relative à la liste du Maroc, stipule notamment que les mesures dérogatoires au secteur relatif à la profession d'avocat et aux services d'interprétation, concernent à la fois la clause NPF, le traitement national, la présence commerciale et l'accès au marché.⁴⁸ En revanche, les services de consultations juridiques ne sont pas exclus de l'ALE. Le paragraphe 1^{er} de la section B relative aux consultants juridiques étrangers, stipule en effet que, « Dans l'exécution de ses obligations et engagements concernant les consultants juridiques étrangers, tels qu'indiqués dans ses listes pertinentes et compte tenu des réserves faites dans ces listes, chacune des Parties fera en sorte de permettre à un ressortissant d'une autre Partie d'exercer ou de donner des *conseils* relatifs à la législation de tout pays sur le territoire duquel ce ressortissant est habilité à exercer en tant qu'avocat. ». Les avocats, reconnus en tant que tels par leurs législations intérieures des parties à l'accord, sont donc autorisés à fournir des services de consultation juridique.

Dans le même sens, la CJCE a également écarté l'exclusion pure et simple de la profession d'avocats dans son ensemble du droit d'établissement, en précisant que les activités participant à l'exercice du pouvoir gouvernemental, doivent comporter une participation *directe* et *spécifique* à l'exercice de l'autorité publique.⁴⁹ Par conséquent, ce sont donc les activités qui relèvent de l'exercice de l'autorité publique qui ne sont pas concernées par la libre prestation de services.

Pour l'heure, et en ce qui concerne les accords euro-méditerranéens les plus avancés, seul le domaine des transports a été expressément traité dans ceux conclus avec l'Algérie et la Jordanie.⁵⁰ Il convient dans ces conditions aux différentes parties de déterminer les domaines qu'elles entendent libéraliser ou à l'inverse, exclure.

Autre point, le régime spécial réservé aux étrangers mérite également quelques remarques. Les parties à un Accord d'intégration régionale s'engagent à éliminer les mesures discriminatoires existantes et/ou mentionne l'article V de l'AGCS à s'abstenir d'introduire de nouvelles mesures restrictives. La raison en est que les exceptions ainsi reconnues ne doivent pas compromettre les objectifs fixés par deux ou plusieurs membres de l'OMC dans le cadre d'un accord de libre-échange, comme c'est le cas des accords euro-méditerranéens. L'article XVII relatif au traitement national auquel l'article V de l'AGCS renvoie, mentionne que, « Dans les secteurs inscrits dans sa liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui

⁴⁸ Dahir n°1-93-162 du 10 décembre 1993 relatif à la profession d'Avocats.

⁴⁹ CJCE 21 juin 1974, Reyners Rec. 631.

⁵⁰ Article 34 de l'AA signé avec l'Algérie et article 39 de l'AA signé avec la Jordanie.

concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires. ». Le texte pose donc un principe d'égalité, tout en autorisant chaque Membre à réserver un traitement spécifique mais non discriminatoire aux services et aux fournisseurs de services étrangers.

Cela se traduit d'abord par le maintien des dispositions législatives, réglementaires et administratives dont chaque Etat dispose pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.⁵¹ Les titres de séjour délivrés à l'entrée du territoire d'un Etat, les permis de travail, les licences, les autorisations et autres mesures ne sont donc pas directement visées. Encore faudra-t-il s'entendre sur le sens à donner à de telles notions, vu qu'elles peuvent justifier les restrictions à la liberté de circulation. Ainsi le caractère objectif des dispositions nationales doit être compris par référence à celles qui sont d'application pour les ressortissants d'un Membre et dans le cadre des secteurs et sous-secteurs que ce dernier aura contractés sur sa liste d'engagements spécifiques. L'article VI de l'AGCS paragraphe 1^{er} stipule à cet effet que « Dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale. ».

Le caractère objectif des mesures dont il est question se vérifie ensuite en amont, c'est-à-dire une fois que le fournisseur étranger d'un service quelconque aura présenté une demande complète au regard des réglementations intérieures du pays d'accueil concerné. Ce n'est qu'en cas d'absence de réponse ou de refus d'autorisation que les autorités compétentes devront le cas échéant justifier leur décision. Le paragraphe 3 de l'article VI avance précisément cette solution. Or, celle-ci suppose que les mesures nationales dont il est question soient aussi favorables que celles qui sont en vigueur pour les fournisseurs nationaux. Ce qui n'est pas toujours le cas.

Rien n'empêche précisément un Etat d'inscrire dans ses listes négatives au titre des dérogations aux engagements pris, une mesure consacrant l'octroi de la priorité aux nationaux pour les services professionnels. Dans ce contexte, l'on peut ainsi faire référence à l'accord de libre-échange signé entre le Maroc et les Etats-Unis, dans lequel le Maroc se réserve le droit de ne pas accorder aux fournisseurs de services américains le traitement national.

⁵¹ Directive de coordination 64/221, JOCE n°56 du 4 avril 1964 en application de l'article 46 TCE relative aux limites communautaires aux raisons d'ordre public que les Etats membres peuvent invoquer.

Au terme de cette première analyse, il apparaît que le traitement au cas par cas du droit d'établissement et du libre commerce traduit en réalité, une concurrence régionale entre les territoires pour attirer des capitaux et des emplois. Le principe de différenciation se confirme ensuite avec la politique de voisinage, qui se fonde sur des plans d'action communément adoptés avec les pays partenaires méditerranéens.⁵² C'est sans doute pour cette raison, entre autre que certains expriment quelques réserves à l'égard de la nouvelle stratégie européenne⁵³, l'engagement lourd en réformes risquerait en effet de compromettre l'accélération souhaitée de l'intégration intra-maghrébine.

⁵² « Le point de départ des plans d'action est un ensemble commun d'éléments qui correspondent aux objectifs de la PEV (...) Toutefois, l'élaboration des plans d'action et l'établissement des priorités avec chaque partenaire dépendront des circonstances spécifiques. Celles-ci diffèrent selon la localisation géographique la situation politique et économique, les relations avec l'Union européenne et avec les pays voisins, les programmes de réforme le cas échéant les besoins et les capacités ainsi que les intérêts perçus dans le contexte de la PEV. Les plans d'action établis en accord avec chaque partenaire seront donc différenciés. ».

⁵³ Hassan Abou YOUB, « arrêtons le programme de voisinage et occupons nous de notre Maghreb. » Les relations euro-méditerranéennes et la mondialisation, op. Cité p.76. Pour une position relativement différente du même auteur, on retiendra ce qui suit, « On comprendra aisément que dans ce processus (Maghreb Barcelone), le projet maghrébin n'ait pas beaucoup de place. L'absence de concertation maghrébine suite au gel du dialogue marocco-algérien, le maintien des frontières fermées entre les deux pays entachaient sérieusement la crédibilité du processus de Barcelone. Que faut-il faire dans ce contexte ?

En prenant pour acquise la volonté politique des partenaires de l'Euro-Med d'aller sincèrement de l'avant et en considérant que Barcelone a le mérite d'exister en tant qu'enceinte de dialogue dont les acquis, aussi modestes soient-ils, peuvent servir de base à une refondation, il ne reste qu'une issue. Elle se baserait sur l'expérience européenne de la CECA.

On prendrait par exemple, le secteur de l'économie du savoir, le choix n'est pas exclusif, pour entamer une édification lente et raisonnée d'une Communauté de la Méditerranée avec ses institutions paritaires (un secrétariat allégé pour commencer), sa Banque ou la BRED revisitée, son budget, sa (ou ses) politique(s) commune(s), une Assemblée parlementaire consultative. Dans une telle démarche qui effraiera tout le monde au moment où l'UE est en crise institutionnelle, on atteindra le degré de crédibilité souhaitable et on déclenchera chez les opinions publiques des deux rives cet intérêt et cette appropriation sans lesquelles il n'y aura pas d'ambitions ni de visions partagées. Un tel projet placera les pays du Maghreb devant l'ardente obligation de se mobiliser pour jeter enfin, les bases d'une intégration maghrébine. Cela signifiera notamment qu'il faudra se débarrasser des dernières réminiscences des souverainismes idéologiques et que le projet démocratique se renforce d'une manière homothétique chez tous les partenaires du projet maghrébin. Seuls les Etats de droit sont à même d'altérer leur souveraineté au profit d'exécutifs régionaux et de garantir une concurrence équitable entre les pays. », in Le Maghreb et le processus de Barcelone : les conditions du décollage, colloque du 21 février 2006 organisé par la Fondation RES PUBLICA, disponible à l'adresse suivante : http://www.fondation-res-publica.org/Le-Maghreb-et-le-processus-de-Barcelone_a127.html

II- Les fondements d'un développement régional du commerce des services

L'importance du secteur des services⁵⁴ d'un point de vue économique est incontestable, ce dernier représente en effet un cinquième des échanges mondiaux. En termes de division internationale du travail, les enjeux pour les pays de la communauté du sud méditerranéen sont réels. L'on s'attend plus précisément à ce que ces derniers, grâce notamment à la main d'œuvre abondante et qualifiée dont ils disposent, en particulier en Tunisie, puissent connaître une vague d'activités et d'emplois nouveaux, via l'innovation.⁵⁵ Les conclusions de la 5^{ème} conférence Euromed des ministres du commerce du mois de mars 2006, affirment dans ces conditions que, « les avantages économiques ayant trait à l'intégration des marchés, l'attraction des investissements directs étrangers, l'emploi et la croissance découlant d'une libéralisation substantielle des services et des investissements, pourraient contribuer nettement au développement économique en favorisant l'intégration économique régionale. ».

Les perspectives du commerce des services reposent dans ces conditions sur la négociation et la conclusion d'un accord bilatéral d'intégration économique. Cette perspective figure clairement dans l'ensemble des accords d'association. L'Article 31 de l'Accord euro-méditerranéen signé avec la Tunisie mentionne à cet égard que, « Les parties conviennent d'élargir le champ d'application de l'accord de manière à inclure le droit d'établissement des sociétés d'une partie sur le territoire de l'autre partie et la libéralisation de la fourniture de services par les sociétés d'une partie envers les destinataires de services dans une autre partie. ». Cette perspective repose sur la conduite des négociations dans le cadre du Conseil d'Association,⁵⁶ suivant l'expérience et les conditions acquises dans le cadre de l'AGCS.⁵⁷ Le point vingt six du plan d'action de juillet 2005 relatif aux services reprend pour son compte l'objectif ainsi fixé en 1995, date de la signature de l'Accord d'association, et y intègre dans le

⁵⁴ Les services sont définis comme des produits immatériels dont la production et la commercialisation sont indissociables, in la mondialisation des échanges : émergence d'une nouvelle forme de division internationale du travail. Les Dossiers de la Mondialisation, Centre d'Analyse Stratégique, mars-avril 2006. Disponible à l'adresse suivante www.rdv-mondialisation.fr

⁵⁵ 5^{ème} conférence EUROMED des Ministres du commerce MARRAKECH du 24 mars 2006. Op. Cité.

⁵⁶ Le Conseil d'Association est composé des membres du gouvernement tunisien et des membres du Conseil de l'UE et des membres de la Commission des Communautés européennes. Article 79 de l'AA.

⁵⁷ Article 31, paragraphe 2 « En formulant ces recommandations, le Conseil d'association prendra en compte l'expérience acquise par l'application de l'octroi réciproque du traitement de la nation la plus favorisée et les obligations respectives des parties conformément à l'accord général sur le commerce des services annexé à l'accord instituant l'OMC, ci-après dénommé GATS, et notamment celles de son article V. »

même temps les négociations conduites en matière de services dans le cadre du groupe de travail euro-med services.

Le commerce des services se conjugue alors entre deux ordres juridiques internationaux complémentaires celui d'abord posé par l'AGCS, et celui encore en construction à l'échelle euro-méditerranéenne. Prenant appui notamment sur les accords d'association, l'ordre juridique euro-méditerranéen établit des normes dérivées dont la prévalence sur les normes conventionnelles internationales, ne fait pas de doute. Ainsi, le principe général relatif aux obligations respectives en vertu du GATS, et notamment l'octroi mutuel du traitement de la nation la plus favorisée, est-il repris dans chaque Accord.⁵⁸ Son interprétation et son application en revanche peuvent varier.

II.1.- La clause de la nation la plus favorisée, approche comparée

La clause NPF est une disposition d'un Accord par laquelle un Etat (l'Etat concédant) s'engage à respecter une « obligation » à l'égard d'un autre Etat (l'Etat bénéficiaire) consistant à accorder un traitement NPF dans *une sphère convenue de relations*, et l'Etat bénéficiaire, à accepter ce traitement.⁵⁹ Généralement, l'Etat bénéficiaire s'engage réciproquement à appliquer le traitement NPF, comme nous l'avons indiqué plus haut. Les domaines auxquels la clause est étendue, sont donc le plus souvent mentionnés dans chaque traité.

La plupart des accords internationaux sur le libre-échange comporte une clause NPF, qui constitue l'instrument privilégié de multilatéralisation des échanges. Son absence autoriserait les Etats à pratiquer une discrimination entre les nations étrangères dans leurs relations économiques. L'origine de la clause NPF remonte au premier traité d'amitié et de commerce

⁵⁸ Article 32, paragraphe 1. de l'AA signé avec la Tunisie signale que, « Dans une première étape, les parties réaffirment leurs obligations respectives en vertu du GATS, et notamment l'octroi mutuel du traitement de la nation la plus favorisée pour les secteurs de services couverts par cette obligation. ». L'article 37, paragraphe 3 de l'AA signé avec l'Algérie, stipule également que, « Les parties s'engagent à envisager le développement du présent titre dans le sens de négocier « un accord d'intégration économique. » au sens de l'article V de l'AGCS.». Idem pour l'article 32 de l'AA signé avec le Maroc, de l'article 29 de l'AA signé avec l'Egypte et de l'article 40 de l'AA signé avec la Jordanie.

⁵⁹ Voir, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, document de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n°2004/2.

conclu le 6 février 1778 entre les Etats-Unis et la France.⁶⁰ Elle s'est ensuite généralisée à partir du dix neuvième et du vingtième siècle dans les traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux de commerce et de navigation. La clause figure depuis comme une obligation fondamentale de la politique commerciale internationale, à l'article I de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), ainsi qu'à l'article II de l'AGCS, comme mentionné plus haut.

La Commission du Droit International la définit comme suit, « Le traitement de la nation la plus favorisée est le traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat, non moins favorable que le traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers. ».⁶¹

Son usage est particulièrement fréquent dans le droit international et régional des investissements.⁶² Néanmoins, son application peut varier d'un traité à un autre. Les membres à un Accord de libre-échange peuvent ainsi s'entendre sur une approche unique basée sur la clause NPF ou au contraire sur une approche combinant la clause NPF au traitement national.

C'est précisément le cas de l'Accord de libre-échange signé entre les Etats-Unis et le Maroc. Ce dernier consacre en effet la règle du traitement national à l'article 11.2 en prévoyant que, « Chaque Partie accordera aux fournisseurs de services de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres fournisseurs de services. ». Le deuxième paragraphe de l'article 11.2 définit ensuite le sens de la règle du traitement national, en disposant que les parties s'engagent à accorder un traitement non moins favorable que le traitement *le plus favorable* qu'elles réservent, dans des circonstances similaires, à un niveau régional du gouvernement.⁶³

L'article 11.3 de l'Accord de libre-échange signé avec le Maroc rajoute enfin la clause de la Nation la plus favorisée, en disposant que, « Chaque partie accorde aux fournisseurs de services de l'autre partie un traitement non moins favorable qu'elle accorde, *dans des circonstances similaires*, aux fournisseurs de services d'une tierce partie. ».

En combinant ainsi les deux règles, l'obligation NPF et le traitement national, suivant celui des deux traitements qui est le plus favorable, les Accords précités cherchent ainsi à garantir un traitement juste et équitable à l'égard des services et fournisseurs de services qu'ils ont définis.

⁶⁰ Voir, Annuaire de la Commission du droit international, 1969, vol II, p.257.

⁶¹ Article 5. du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (projet CDI), in Annuaire de la Commission du droit international, 1978, vol II, partie 2, p.21.

⁶² FERHAT HORCHANI, op. Cité

⁶³ Le niveau régional du gouvernement ne s'applique qu'aux Etats-Unis, l'article 11.13 mentionne ce qui suit, « Le niveau régional du gouvernement signifie, pour les Etats-Unis, un Etat des Etats-Unis, le District de Colombie, ou de Porto Rico ; pour le Royaume du Maroc, le niveau régional n'est pas applicable. ».

La même approche a également été retenue dans le cadre de l'Accord de libre-échange signé avec Oman⁶⁴. Ainsi le Traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national ont été respectivement mentionnés aux articles 11.2 et 11.3.

Les textes de ces traités sont donc semblables, en ce sens qu'ils précisent clairement que l'intention est d'utiliser le critère de la similitude des circonstances dans lesquelles le traitement est accordé comme base de comparaison.

Or, le recours audit critère pour l'application de la clause NPF, précisément, connaît différentes rédactions dans les accords commerciaux auxquels l'Union européenne ou autre, les Etats-Unis par exemple font partie. Ainsi le contexte de circonstances similaires, n'est pas clairement indiqué à l'article 32 de l'AA conclu avec l'Algérie. Ce dernier stipule en effet que, « L'Algérie réserve aux filiales et succursales de sociétés communautaires établies sur son territoire conformément à sa législation, un traitement non moins favorable (...) que celui accordé à ses propres sociétés ou succursales ou à des filiales ou succursales algériennes de sociétés de pays tiers, *si celui-ci est meilleur*. ». Le texte ne mentionne donc pas expressément que la Communauté européenne et ses Etats membres, réservent le même traitement au profit des filiales et succursales de sociétés algériennes établies sur son territoire. L'approche qui est retenue dans le cadre de la politique de voisinage et en ce qui concerne la Jordanie, retient une solution différente.⁶⁵ En ce sens qu'un traitement similaire sur la base de la clause NPF a été clairement indiqué. Le texte stipule en effet que le droit d'établissement porte sur la mise en œuvre d'un « traitement national réciproque pour les entreprises, les filiales ou les succursales de l'UE ou de la Jordanie. », nonobstant les conditions fixées par l'annexe VI de l'accord euro-jordanien.

L'étude des Accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis, révèle également, que le commerce des services tel qu'il s'applique à certains pays méditerranéens du sud, à savoir, le Maroc et la Jordanie, suit la même structure utilisée dans le cadre de l'ALENA mentionné plus haut. C'est ainsi que seul l'aspect relatif au commerce transfrontalier des services est-il expressément visé. Sans reprendre ce qui a été précédemment dit sur ce point, il convient de préciser que les activités couvertes par ce mode de fourniture de services, ont été clairement définies. L'article 11.1 relatif à la portée et au champ d'application du commerce transfrontalier de services, précise que les dispositions de l'Accord couvrent la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la prestation de services, ainsi que l'achat, l'utilisation ou le

⁶⁵ Plan d'action pour la Jordanie du 11.01.2005.

paiement d'un service. Le même texte rajoute ensuite que les activités relatives aux réseaux de distribution et de transport sont aussi concernées. Enfin, à l'instar de ce qui est prévu dans le cadre de l'ALENA, le commerce transfrontalier inclue également la présence de personnes physiques des parties à l'Accord de libre-échange.

Force est de constater que l'approche des Etats-Unis dans le cadre des ACR établis en méditerranée du sud se diffère de celle suivie par l'Union européenne, laquelle afin de renforcer sa politique commerciale extérieure, se rapporte essentiellement au Traité de Rome. La libre fourniture des services constitue dans ce Traité, un des quatre piliers fondateurs du Marché commun, et ne se limite donc pas au commerce transfrontalier. Suivant l'approche communautaire, la prestation de services concerne plus précisément deux volets : le droit d'établissement, correspondant à la possibilité pour un prestataire de services de s'installer durablement pour exercer son activité dans un autre État membre que son État d'origine, et la libre prestation de services, impliquant l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants.

La réception de ces définitions dans le cadre des Accords d'association les plus avancés dans ce volet, comme étudiés plus haut, révèle qu'aucune composante de la liberté de prestation n'ait été à priori écartée. L'on peut même constater que les différentes catégories ont été plus subtilement dégagées, comme le confirme l'AA signé avec l'Algérie. La prestation transfrontalière de services, la prestation grâce à la présence de personnes physiques et la prestation grâce à la présence morale ont toutes été en effet soigneusement abordées.

Il reste que, la reconnaissance de la clause NPF dans les Accords de commerce régionaux, connaît des limites et des restrictions qu'il convient d'étudier.

II.2- Limites et restrictions à la clause NPF

Les négociations en cours entre d'une part, la Tunisie et l'Union européenne, devraient aboutir entre autre à la détermination des secteurs et sous secteurs susceptibles d'être libéralisés. La méthode qui a été en effet retenue dans la mise en œuvre du titre III de l'Accord d'association consiste à permettre à la Tunisie de proposer les domaines pour lesquels elle dispose d'une compétence reconnue, tels que par exemple les services de santé, ou encore les services de

tourisme. Les limites et les restrictions qui peuvent être apportées trouvent leur origine dans des accords bilatéraux ou régionaux et doivent conformément à l'AGCS être justifiées comme nous allons le voir.

Ainsi par exemple, l'article 3, paragraphe 2 de l'Accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et la Jordanie, mentionne que « chaque partie accorde aux services et aux fournisseurs de services de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui consenti selon les termes, les limitations, et les conditions fixées et mentionnés à l'Annexe 3.1 de cet Accord. ».

Les exceptions à l'article II de l'AGCS peuvent ainsi faire référence au traitement préférentiel prévu dans des accords sectoriels ou régionaux. La Bulgarie a dans ce sens notifié une exemption au traitement NPF dans le domaine des services juridiques dispensés grâce à la présence de personnes physiques pour tous les accords existants ou futurs relatifs à ce type d'activités. De même le Venezuela a également notifié dans le cadre d'Accords bilatéraux une exemption à la clause NPF pour ce qui concerne les services liés au pétrole.

La Communauté européenne a notifié des exemptions à la clause NPF pour les préférences accordées dans le cadre des accords euro-méditerranéens existants et futurs. Sont ici visées les mesures relatives à l'assouplissement des modalités d'obtention de permis de travail dans le cadre de contrats conclus entre un employeur de pays tiers et une société communautaire, en vue d'aider les pays méditerranéens à assurer leur transition économique.⁶⁶ Dans le même sens, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède ont également notifié des exemptions à la clause NPF pour les mesures relatives au développement de la coopération nordique. Le Pakistan pour le traitement favorable des institutions financières créées en vue d'effectuer des opérations de financement islamiques. Enfin, les Emirats arabes unis pour le traitement préférentiel accordé aux prestataires de services établis dans des pays membres du Conseil de coopération du Golfe.

L'on peut donc imaginer sur cette base, que seront exclues du champ de l'accord à venir, les exemptions faites par la communauté européenne et ses Etats membres concernant par exemple les mesures prises à l'égard des ressortissants des pays et principautés suivants Saint-Marin, Monaco, Andorre, et le Saint-Siège. Lesquels portent sur une reconnaissance effective du droit d'établissement aussi bien pour les personnes physiques que morales, et sur la dispense d'un permis de travail, et ce dans tous les secteurs de services.

Les exemptions prévues comme mentionné plus haut ne portent pas en effet sur une suppression pure et simple du permis de travail par exemple et visent uniquement à assouplir les

⁶⁶ La liste d'exemptions souscrite par les Communautés européennes peut être consultée à partir du site de l'OMC <http://www.docsonline.wto.org>.

modalités de son obtention. En témoigne ainsi l'Accord d'association signé avec l'Algérie d'avril 2002. Il est cependant indiqué que « L'exemption n'est nécessaire, pour certains pays, que jusqu'à la conclusion ou la pleine mise en œuvre d'un accord d'intégration économique. ». Ce qui sous tend que la conclusion d'un accord d'intégration économique entre la Tunisie et la Communauté européenne pourrait conduire à son non lieu. Autrement dit, la fourniture de services sur le territoire de la communauté européenne ne serait plus alors conditionnée par l'obtention d'un permis de travail dans les secteurs faisant l'objet d'engagements spécifiques.

Quelle que soit l'issue des négociations, il est peut être utile de rappeler que la libre circulation des services dans la marché intérieur de l'Union européenne s'est constituée d'une manière progressive et sur la base de différentes directives sectorielles. L'on cite par exemple la directive cadre relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (2005/36/CE). Le traitement de ce point aurait très certainement un avantage supplétif par rapport aux accords euro-méditerranéens existants. Ceci est d'autant plus confirmé que le point vingt sept du plan d'action adopté pour le Maroc n'exclut pas l'approche sectorielle pour la libéralisation du secteur des services entre les parties.⁶⁷

Il convient dans ces conditions de conclure que les pays de la Communauté du sud méditerranéen se trouvent confrontés d'une part, à un désir d'ouverture qui se fait dans un climat de concurrence plus affirmé dans le cadre de la politique de voisinage, en vue d'attirer des investisseurs, et à un désir de durer, d'autre part, ce qui sous tend un degré relativement élevé de protection de leurs secteurs les plus vulnérables. Le désir commun d'un marché de libre-échange entre les pays du sud de la méditerranée, dans le domaine des services, semble donc relativement faible.⁶⁸

⁶⁷ Le Plan d'action du 27.07.2005 prévoit l'échange d'expériences et d'expertises « en matière de réglementation d'application générale ou sectorielle dans la perspective de la convergence du cadre réglementaire avec celui de l'UE. »

⁶⁸ Le commerce intra-régional dans le sud de la Méditerranée est actuellement inférieur à 15% des échanges globaux.