



institut du développement durable et des relations internationales – 6, rue du Général Clergerie – 75116 Paris – France – Tél. : 01 53 70 22 35 – iddri@iddri.org – www.iddri.org

idées
POUR LE DÉBAT

N° 10/2003 | LIBERALISATION DU COMMERCE

(*ex*-Les rapports de l'Iddri n° 2)

L'OMC et les services publics

Hélène Ruiz Fabri et Jean-Philippe Crotiras (Université Paris I)

Hélène Ruiz Fabri et Jean-Philippe Crotiras proposent ici une analyse juridique de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

Ce texte n'engage que ses auteurs.
En mettant ce document en ligne sur son site, l'Iddri a pour objectif de diffuser des

travaux qu'il juge intéressants pour alimenter le débat.

Tous droits réservés

Les rapports de l'Iddri, n° 2

L'Organisation mondiale du commerce et les services publics

Hélène Ruiz Fabri et Jean-Philippe Crotiras
Université Paris I

Les propos contenus dans ce document n'engagent que leurs auteurs
et en aucune manière l'institution à laquelle ils appartiennent.

© Iddri, 2003.

Diffusion : 6, rue du Général Clergerie – 75116 Paris – France
Téléphone : 01 53 70 22 35 – iddri@iddri.org – www.iddri.org

Conception : Ulys communication

Sommaire

Avant-propos	4
Résumé	6
Introduction	9
La notion de service public	12
Le service public dans le droit français et le droit communautaire	12
<i>Le service public en France</i>	13
<i>Le service public au sein de l'Union européenne</i>	14
La question particulière des activités de service public en réseau	15
<i>Une gestion monopolistique</i>	16
<i>La régulation des réseaux en Europe</i>	17
L'Accord général sur le commerce des services	18
Les obligations et disciplines de l'AGCS.	18
<i>Portée et champ d'application</i>	18
<i>Les obligations et disciplines générales</i>	20
<i>Les obligations conditionnelles</i>	21
<i>Les exceptions et sauvegardes</i>	22
Les listes d'engagements spécifiques	23
<i>Structure des listes d'engagements spécifiques</i>	23
<i>Dynamique de l'AGCS</i>	25
L'AGCS et les services publics	26
Les dispositions I-3-b et I-3-c	26
<i>L'obscurité de la notion de service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental</i>	26
<i>Éléments tirés des règles d'interprétation du droit international public</i>	29
Éléments de comparaison avec le droit communautaire	33
<i>L'indifférence du statut juridique de l'entité assumant une mission de service public</i>	33
<i>La détermination des activités à caractère économique</i>	34
<i>Le régime dérogatoire accordé aux entreprises exerçant des SIEG</i>	35
Les questions annexes soumises à négociation	37
Disciplines liées aux marchés publics et concessions de services publics	37
<i>Les marchés publics dans l'AMP et l'AGCS</i>	38
<i>Le régime des concessions de services publics</i>	39

Statut des subventions liées aux activités d'intérêt général	41
<i>L'absence de règles propres aux services en matière de subvention</i>	42
<i>La prise en compte des subventions accordées pour raisons d'intérêt général</i>	43
L'encadrement des réglementations internes	45
<i>L'impératif de transparence et de nécessité</i>	46
<i>Le statut des monopoles dans l'AGCS</i>	47
Conclusion	48
Notes	50
Bibliographie	52
Annexe 1 : Structure de l'Accord général sur le commerce des services	55
Annexe 2 : Guide de lecture d'une liste d'engagements	57
Pays X - Liste des engagements spécifiques	58
Annexe 3 : Classification sectorielle des services	59
Annexe 4 : Etat des négociations dans les principaux secteurs de services publics	62

Avant-propos

Consciente du rôle croissant que jouent les services dans le développement de l'économie mondiale, la communauté internationale a entamé, dès les années 80, des négociations visant libéraliser progressivement le commerce et l'investissement dans ce secteur. Aux yeux de ses promoteurs, cette libéralisation permet l'augmentation du commerce international, et donc de la croissance. Ces négociations ont conduit à la signature, en 1994, à l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), annexé à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cet accord est entré en vigueur en 1995, mais il demeure inachevé : des zones d'ombre persistent concernant les éléments déjà négociés et de nombreux points restent à négocier. L'article XIX de l'AGCS prévoit une série de négociations successives, bilatérales, régionales et multilatérales, pour continuer les discussions et mener à bien la libéralisation. Une nouvelle phase de négociation a ainsi été ouverte le 1^{er} janvier 2000 ; elle doit s'achever au plus tard le 1^{er} janvier 2005, avant le début d'un nouveau cycle pour engager plus avant le processus de libéralisation.

Les imprécisions et les ambiguïtés que renferme l'AGCS comme le caractère inachevé du texte sont sources d'interrogations et d'inquiétudes quant à l'étendue réelle de l'accord et ses conséquences possibles : l'accord est complexe et difficile à interpréter, le processus de négociation est peu transparent, les engagements pris paraissent irréversibles (effet cliquet) ; et surtout, la notion même de service s'avère floue et ne permet pas de délimiter le domaine d'application futur de l'ac-

cord. Ce dernier élément est sans aucun doute le plus déstabilisant dans la mesure où le terme de service recouvre un ensemble d'activités extrêmement vaste, allant du tourisme, de l'ingénierie ou de la comptabilité à l'éducation ou la santé. En conséquence, et même si ce n'est pas explicitement le cas aujourd'hui, rien ne permet d'exclure l'hypothèse que les activités de service public ne deviennent pas, tôt ou tard, un objet de négociation dans le cadre de l'AGCS. Dès lors, et compte tenu des négociations en cours, il devient impératif de s'interroger sur la compatibilité entre les règles de l'AGCS et la préservation de la capacité des Etats à définir l'intérêt général de leur population et à garantir la fourniture d'un certain nombre de services qu'ils jugent essentiels.

Même si les services publics ne sont pas définis comme tels à l'échelle internationale, ils sont présents dans tous les pays sous des vocables différents – essentiels, universels, d'intérêt économique général ou encore *public utilities* –, et des formes institutionnelles variables. Ils ont joué un rôle déterminant dans le développement économique et social des pays développés, que ce soit pendant la révolution industrielle ou la période de reconstruction de l'après-guerre. Ces pays se sont efforcés de garantir leur fourniture dans le respect de principes d'intérêt général quasi universels (couverture territoriale, accès des populations défavorisées, qualité, coût raisonnable...). Que ce soit pour des raisons économiques (rendements croissants et monopoles naturels des services en réseau) ou par choix politique, la fourniture des services publics s'est fréquem-

ment appuyée sur la constitution de monopoles, exercés directement par l'administration, par le biais d'entités publiques ou d'entreprises privées régulées par la sphère publique (Etat, collectivités locales). Les évolutions récentes, économiques, juridiques, sociales, culturelles et surtout techniques, ont progressivement amené à contester ces monopoles. Sous couvert d'une recherche d'efficacité dans la fourniture et d'une amélioration de la qualité ont émergé de nouveaux modes d'organisation et de gestion des services publics. Réformes institutionnelles, introduction de la concurrence, nouvelles régulations sont aujourd'hui les trois principaux piliers de ces réformes. De ce processus inachevé ressortent deux points centraux : la capacité à instaurer une instance de régulation effective allant au-delà de la simple régulation de la concurrence pour assurer la poursuite de missions d'intérêt général ; la pertinence des modèles adoptés et leurs possibles aménagements. Le débat est déjà engagé sur ce dernier point bien que les retours d'expérience soient encore limités. Ceci montre le caractère dynamique des arrangements institutionnels, qui traduisent le compromis social entre l'intérêt général et la recherche de l'efficacité économique, et donc la nécessité que les Etats continuent d'intervenir sur ces domaines.

Dans les pays en développement, les services publics occupent un espace souvent plus restreint. Les difficultés politiques, économiques et sociales n'ont pas toujours permis de construire les infrastructures indispensables, ni de développer les compétences nécessaires à leur fonctionnement. Les politiques d'aide au développement ont tenté de surmonter ces difficultés avec plus ou moins de réussite, mais ne peuvent répondre aux considérables besoins de financement. Pourtant, lors de la Conférence du Millénaire des Nations unies (2000) et de nouveau lors du Sommet mondial du développement durable (2002), la communauté internationale a réaffirmé l'importance de certains services essentiels, indispensables au développement économique et à la réduction de la pauvreté : accès à l'eau et à l'assainissement, accès à la santé, à l'énergie, à l'éducation. La poursuite des objectifs que s'est fixés la communauté internationale suppose d'élaborer des solutions techniques, institutionnelles et financières nouvelles articulant la sphère publique et les acteurs privés.

Au Nord comme au Sud, la fourniture des services publics demeure donc un sujet central des politiques publiques, à l'articulation des préoccupations économiques, sociales et

environnementales. Si ces services doivent être couverts par les futures règles de l'AGCS, de nombreuses questions se posent. Les services publics seront-ils soumis totalement ou partiellement à la concurrence ? Comment leur libéralisation sera-t-elle organisée – dans l'Union européenne, la libéralisation des services en réseau n'a été possible qu'après la promulgation de directives définissant les modalités de l'ouverture à la concurrence ; or, un tel système n'existe pas dans l'AGCS – ? Quelles seront les marges de manœuvre et les limites de souveraineté des Etats dans la définition de leurs priorités et le respect des choix de société ? Quelles seront les possibilités de régulation nationale ? Existera-t-il des clauses de révision sachant que, par définition, l'intérêt général évolue ? Quelles seront les procédures d'arbitrage ? Tous les Etats membres, pays en développement comme pays développés, doivent s'interroger sur la portée de cet accord et mesurer les conséquences possibles de la libéralisation des services publics à l'aune des leçons tirées des expériences de libéralisation. L'enjeu est important : s'assurer que les missions d'intérêt général défendues par chaque Etat, sources de cohésion nationale et de développement économique, ne se trouvent remises en cause par les négociations.

Dans ce contexte, il nous a semblé indispensable de mieux cerner les contours et les limites de l'AGCS afin de comprendre comment les services publics étaient, ou pouvaient être, incorporés dans l'accord. Or, l'AGCS est un accord extrêmement technique qu'il convient de traiter avec prudence ; seul un éclairage juridique pouvait garantir l'objectivité de l'analyse. L'Iddri a travaillé avec Hélène Ruiz Fabri, professeur de droit public à l'université Paris I-Sorbonne, et avec Jean-Philippe Crontiras, doctorant, sur le contenu juridique de l'AGCS pour identifier les éléments juridiquement faibles de l'accord et mieux comprendre la signification pour les services publics de la libéralisation du commerce et de l'investissement dans le secteur des services. Comment clarifier la notion même de service public ? Comment l'AGCS est-il construit ? Dans quelle mesure s'applique-t-il aux services publics ? Quelle influence exerce-t-il sur les réglementations nationales, sur les procédures de passation des marchés publics, sur les subventions accordées pour raison d'intérêt général ? Ce sont autant de questions que cette étude cherche à éclaircir.

Thierry Giordano et Michel Colombier

Résumé

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) représente l'un des principaux succès de la diplomatie commerciale multilatérale de la fin du XX^e siècle. Engagées par les Etats-Unis au début des années 1980, les négociations sur cet accord ont progressivement rallié le soutien des pays développés, notamment celui de la Communauté européenne, puis progressivement celui des pays en développement, malgré un certain nombre de réticences persistantes. La reprise des négociations sur les services le 1^{er} janvier 2000, visant à consolider les acquis de l'Uruguay Round tout en élevant le niveau des engagements pris par les membres de l'Organisation mondiale du commerce, a suscité une vague de critiques remettant en cause le processus de libéralisation des services. La question des services publics est au centre de ces polémiques.

L'objectif principal de l'AGCS est de parvenir à une libéralisation progressive du commerce des services. Cela implique d'éliminer les obstacles non tarifaires et d'encadrer les réglementations intérieures et les politiques publiques. L'ouverture à la concurrence des services en réseau (télécommunications, transports, énergie, poste), la commercialisation des services d'éducation et de santé ou de services largement considérés comme des biens publics, tels que la distribution d'eau, entraîne une remise en cause du rôle de l'Etat et des structures mises en place afin de gérer ces services. Les craintes exprimées concernent un éventuel dépérissement des activités de service public et un positionnement des entreprises privées sur les secteurs les plus

rentables, abandonnant aux collectivités publiques les activités les moins lucratives.

Le thème du service public est un sujet sensible et complexe. Dès lors, il est important de ne pas le réduire à une opposition stérile entre gestion publique et gestion privée ou à une confrontation entre monopole et concurrence. Le fondement des missions de service public prête à débat, puisqu'il découle de considérations liées au rôle de la puissance publique et aux relations que cette dernière entretient avec les citoyens. La notion de service public est fondée sur celle d'intérêt général, par nature évolutive. Tout cadre juridique réglementant la fourniture des services publics devra faire preuve de flexibilité afin de s'adapter aux évolutions des mœurs et des besoins des populations, ainsi qu'aux progrès technologiques, qui influencent le contenu de la notion.

La notion de service public ne constitue pas une particularité française. Cependant, la place centrale qu'elle occupe dans le système juridique interne, sa légitimation et la forte valeur symbolique qui l'entoure en font un concept difficilement exportable (ainsi parlons-nous de « service public à la française »). Certains pays accordent une grande importance aux missions de service public (essentiellement les pays de tradition romano-germanique tels que l'Italie, l'Espagne et, selon des modalités particulières, l'Allemagne), alors que d'autres ont tendance à relativiser voire à minimiser ces missions (Etats-Unis, Grande-Bretagne). Cette diversité se manifeste également sur le terrain de la termino-

logie juridique. Ainsi, les Etats de tradition anglo-saxonne se réfèrent à la notion de *public utilities*, les textes communautaires utilisent celle de services d'intérêt économique général (article 16 du traité CE), alors que l'Accord général sur le commerce des services évoque les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental (article I-3-b). Rappelons enfin que le débat ne se pose pas dans les mêmes termes au sein des pays en développement qui ne possèdent pas les ressources nécessaires pour financer et entretenir les services publics nécessaires à leur croissance.

Les expériences en France et dans la Communauté européenne permettent de constater que les préoccupations liées à la gestion des activités de service public ne sont pas totalement incompatibles avec une application des règles de concurrence. Cependant, un tel compromis ne peut être établi que par le biais d'un statut particulier accordé aux entités assumant des missions de service public et d'un aménagement des règles de concurrence visant à préserver ces activités. Il ne saurait résulter automatiquement du simple fonctionnement du marché.

Parallèlement, il est indispensable de délimiter ce que la notion de service public désigne dans le droit français et dans le droit communautaire. Cette démarche est nécessaire pour deux raisons. Elle permet de comprendre, en partie, les fondements de la position communautaire au sein des négociations qui se déroulent à l'OMC. Elle laisse également transparaître un parallèle entre la construction européenne et l'attitude de l'OMC vis-à-vis des services publics : l'AGCS semble ignorer la problématique des services publics, tout comme les traités européens l'avaient fait jusqu'à l'adoption de l'Acte unique européen, qui marque un tournant dans la politique d'intégration du marché intérieur. De plus, l'ouverture du commerce des services (qui concerne essentiellement l'élimination de mesures non tarifaires) amène les négociations sur le terrain des politiques publiques et de la réglementation intérieure. Ces questions se sont posées en Europe avec beaucoup d'acuité, particulièrement dans le domaine crucial des services en réseau. L'observation des solutions élaborées par le droit européen permet de mieux saisir certains aspects des enjeux et des difficultés auxquelles se heurtent les négociations de l'AGCS.

Dans les négociations qui se déroulent actuellement à l'OMC, tous les membres ne partent pas sur les mêmes bases et n'adoptent pas la même attitude à l'égard des servi-

ces publics. Il n'existe pas de notion de service public unanimement partagée ; la problématique liée à cette question se pose en termes différents selon les pays.

Officiellement, le secrétariat de l'OMC indique que les services publics qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs ne sont pas couverts par l'AGCS (articles I-3-b et c). Cette approche rejoint partiellement la division entre services marchands et non marchands. Cependant, étant donné que la plupart des activités de service public peuvent être également exercées par des fournisseurs privés, il ressort que la frontière entre ces deux sphères n'est pas étanche, la ligne de partage devant alors être recherchée à l'intérieur de chaque activité. Les dispositions de l'AGCS sur la question des services publics sont fausement claires. A l'heure actuelle, il est possible de dégager deux conclusions générales : la grande majorité des services publics est concernée par les dispositions de l'AGCS, seuls certains services régaliens étant exclus ; les membres ont, dans une certaine mesure, la possibilité de préserver les missions de service public. Leur marge de manœuvre dépendra de l'interprétation qui sera donnée aux dispositions de l'AGCS, ainsi que des engagements pris dans le cadre des négociations.

Afin d'évaluer le sort qui est fait aux services publics, il est indispensable de bien comprendre le fonctionnement de l'accord. Issu d'après négociations, l'AGCS apparaît comme un accord particulièrement souple et flexible. Il couvre un ensemble de secteurs beaucoup plus vaste que le GATT. Alors que ce dernier se limite au commerce des marchandises, l'AGCS est amené à traiter de sujets sensibles (tels que les services publics) et à encadrer les politiques publiques qui s'y rapportent. En conséquence, les principes fondamentaux qui organisent le commerce international des marchandises et qui constituent le moteur de la libéralisation des échanges ne sont que partiellement appliqués : la clause de la nation la plus favorisée n'est pas inconditionnelle, les règles de non-discrimination (traitement national et accès au marché) ne sont pas mises en œuvre automatiquement. L'AGCS prévoit deux séries de dispositions : les obligations et disciplines générales qui s'appliquent à tous les membres de l'OMC et les obligations conditionnelles qui sont modulées en fonction des choix effectués par les Etats. Les Etats ont la possibilité de s'engager selon leurs objectifs de politique nationale et de moduler ces engagements. Cette souplesse doit être rela-

tivée. En effet, la vertu principale de l'accord est de consolider les engagements pris par chaque membre : le retour à des mesures plus restrictives apparaît ainsi comme une hypothèse assez improbable.

De nombreuses dispositions de l'AGCS sont rédigées en des termes flous et ambigus. D'une part, l'accord ne définit pas l'objet même de son champ d'application, la notion de service. Plus fondamentalement, il ne définit pas non plus d'autres notions : base commerciale, concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services, marché pertinent, services en concurrence, services similaires). Parallèlement, la couverture de secteurs aussi fondamentaux que celui de l'eau ou de l'énergie demeure problématique, ceux-ci n'apparaissant pas dans une catégorie unifiée de la classification sectorielle des services qui sert de base aux négociations actuelles.

Ces clarifications sont indispensables afin de déterminer dans quelle mesure les services publics sont couverts par l'accord. A cet égard, il est utile de se référer aux travaux préparatoires ayant précédé la rédaction finale de l'AGCS, aux études publiées par les

organes de l'OMC ainsi qu'aux prises de position des pays membres. L'étude de ces documents, combinée à celle des méthodes d'interprétation dégagées par l'organe de règlement des différends permet de poser les termes du débat et de faire ressortir le manque de clarté du texte actuel de l'AGCS, en particulier de son article I-3.

L'accord comprend aussi un « agenda incorporé » renvoyant à des négociations ultérieures en matière de marché public (susceptibles de recouvrir la question des concessions de services publics) et de subventions, thèmes cruciaux en ce qui concerne la gestion et le financement des activités de service public. Ces négociations apparaissent actuellement bloquées. Dans le domaine des marchés publics, les membres ne sont toujours pas parvenus à créer un cadre multilatéral encadrant les règles de passation, l'Accord sur les marchés publics n'étant que plurilatéral. En ce qui concerne la question épineuse des subventions, les travaux réalisés à ce jour n'ont produit que de très faibles résultats et des questions cruciales demeurent en suspens, à l'image du sort incertain qui sera réservé aux subventions à caractère social.

Introduction

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS)¹ représente l'un des principaux succès de la diplomatie commerciale multilatérale de la fin du XX^e siècle. Engagées par les Etats-Unis au début des années 1980, les négociations sur cet accord ont progressivement rallié le soutien des pays développés, notamment celui de la Communauté européenne. Les pays en développement (PED) sont restés longtemps sceptiques, considérant que la prééminence des pays industrialisés dans le domaine des services pourrait affecter leurs économies et compromettre leurs chances de contrôler des secteurs de base tels que les télécommunications, l'énergie, les services financiers ou encore les transports².

La reprise des négociations sur les services le 1^{er} janvier 2000, visant à consolider les acquis de l'Uruguay Round tout en élevant le niveau des engagements pris par les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), a suscité une vague de critiques remettant en cause le processus de libéralisation des services. La question des services publics est au centre de ces polémiques. De nombreux parlementaires de divers Etats, des syndicats, des organisations non gouvernementales ainsi que le Parlement européen se sont mobilisés pour défendre le statut des services publics.

L'objectif principal de l'AGCS est de parvenir à une libéralisation progressive du commerce des services. Cela implique d'éliminer les obstacles non tarifaires et d'encadrer les réglementations intérieures et les politiques publiques. L'ouverture à la concurrence des

services de réseau (télécommunications, transports, énergie, poste), la commercialisation des services d'éducation et de santé ou de services largement considérés comme des biens publics tels que la distribution d'eau entraînent une remise en cause du rôle de l'Etat et des structures mises en place afin de gérer ces services. Les craintes concernent un éventuel dépérissement des activités de service public et un positionnement des entreprises privées sur les secteurs les plus rentables, abandonnant aux collectivités publiques les activités les moins lucratives.

Dans ce contexte, le service public peut être envisagé de deux manières. Selon une première approche, l'organisation monopolistique, la pesanteur administrative et les comportements anticoncurrentiels, caractéristiques des services publics, entraînent leur inefficacité. Ces derniers apparaissent alors comme un obstacle à la croissance économique et une entrave à l'exercice de certains droits fondamentaux (liberté d'entreprendre, liberté de commerce). A l'opposé, le service public est présenté comme le garant de la cohésion sociale. L'intervention publique apporte une garantie à l'exercice des droits fondamentaux en mettant en place les conditions effectives de leur réalisation (enseignement, santé, aide sociale, transports, etc.). Parallèlement, la prise en compte de l'intérêt général permet de mener des politiques sur le long terme, en matière d'aménagement du territoire ou de politique énergétique par exemple.

Ces approches témoignent du fait que le service public est un sujet sensible et com-

plexe. Dès lors, il est important de ne pas le réduire à une opposition stérile entre gestion publique et gestion privée ou à une confrontation entre monopole et concurrence. La notion de service public recouvre une pluralité de situations : « On use indifféremment de la notion [...] pour désigner la substance d'une activité (le service public de l'énergie), des impératifs sociaux ou d'aménagement du territoire (les missions de service public), un statut (la fonction publique assimilée au service public), un mode de propriété et de gestion (l'entreprise publique), une éthique (servir) : pluralité d'usages qui permet toutes les appropriations »³. La mission et l'institution ne doivent pas être confondues. Les pratiques nationales et étrangères démontrent que la gestion des services publics présente une grande variété de formes.

Le fondement des missions de service public prête à débat, puisqu'il découle de considérations liées au rôle de la puissance publique et aux relations que cette dernière entretient avec les citoyens. La notion de service public est fondée sur celle d'intérêt général, par nature évolutive. Tout cadre juridique réglementant la fourniture des services publics devra être en mesure de faire preuve de flexibilité afin de s'adapter aux évolutions des mœurs et des besoins des populations, ainsi qu'aux progrès technologiques qui influencent le contenu de la notion.

La place réservée au service public est fonction de priorités et de choix (politiques et économiques) que chaque organisation sociale décide d'assumer, des traditions historiques et des caractéristiques de chaque pays. La notion de service public ne constitue pas une particularité française. Cependant, la place centrale qu'elle occupe dans le système juridique interne, sa légitimation et la forte valeur symbolique qui l'entoure en font un concept difficilement exportable (ainsi parlons-nous de « service public à la française »).

Tous les Etats admettent que la gestion de certains services doit obéir à des sujétions particulières, dérogeant aux règles du marché, afin de remplir des missions d'intérêt général. Si cette approche existe partout, elle ne recouvre pas une réalité uniforme. Certains pays accordent une grande importance aux missions de service public (essentiellement les pays de tradition romano-germanique tels que l'Italie, l'Espagne et, selon des modalités particulières, l'Allemagne), alors que d'autres ont tendance à relativiser voire minimiser ces missions (Etats-Unis, Grande-Bretagne). Cette diversité se manifeste égale-

ment sur le terrain de la terminologie juridique. Ainsi, les Etats de tradition anglo-saxonne se réfèrent à la notion de *public utilities*, les textes communautaires utilisent celle de services d'intérêt économique général (article 16 du traité CE), alors que l'Accord général sur le commerce des services évoque les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental (article I-3-b). Rappelons enfin que le débat ne se pose pas dans les mêmes termes au sein des pays en développement qui ne possèdent pas les ressources pour financer et entretenir les services publics nécessaires à leur croissance. Le recours au financement privé apparaît alors comme une voie obligée, la question étant pour eux de pouvoir encadrer l'action des investisseurs privés (une des solutions envisageables étant le recours au partenariat public-privé).

Il est donc nécessaire de garder à l'esprit le fait que, dans les négociations qui se déroulent actuellement à l'OMC, tous les membres ne partent pas sur les mêmes bases et n'adoptent pas la même attitude à l'égard des services publics (page 12). Il n'existe pas de notion de service public unanimement partagée ; la problématique liée à cette question ne concerne pas tous les membres et se pose en termes différents selon les Etats.

Parallèlement, l'AGCS contient un certain nombre d'ambiguïtés qui ne contribuent pas à clarifier la situation. Dans le meilleur des cas, cet accord reste très évasif sur la question des services publics. Dans le pire des cas, il tend tout simplement à l'ignorer.

Officiellement, le secrétariat de l'OMC indique que les services publics qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs ne sont pas couverts par l'AGCS (articles I-3-b et c). Cette approche rejoint partiellement la division entre services marchands et non marchands. Cependant, étant donné que la plupart des activités de service public peuvent être également exercées par des fournisseurs privés, il ressort que la frontière entre ces deux sphères n'est pas étanche, la ligne de partage devant alors être recherchée à l'intérieur de chaque activité de service public. Le secrétariat ajoute que les membres sont totalement libres de choisir de ne pas ouvrir les secteurs qu'ils considèrent comme sensibles ou de prendre des engagements de libéralisation dans la mesure qui leur convient⁴. Les membres possèdent ainsi une totale liberté d'action et rien ne les oblige à prendre des engagements qui entravent les missions de service public qu'ils souhaitent préserver.

A cette argumentation s'opposent les critiques virulentes émanant principalement d'organisations non gouvernementales qui considèrent en quelque sorte que l'AGCS est une machine à défaire les services publics et à priver les Etats de toute marge de manœuvre dans ce domaine.

Le mérite de cet affrontement est de révéler que le statut des services publics au sein de l'AGCS n'est pas une question définitivement réglée. Les dispositions de l'AGCS sur ce point sont faussement claires. Cette controverse, qui élude souvent les questions juridiques, permet de dégager deux conclusions : une grande majorité de services publics est concernée par les dispositions de l'AGCS ; les membres ont la possibilité, dans une certaine mesure, de préserver les missions de service public. Leur marge de manœuvre dépendra de l'interprétation qui sera donnée aux dispositions de l'AGCS, ainsi que des engagements qu'ils prendront dans le cadre des négociations.

Afin d'évaluer le sort qui est fait aux services publics dans le cadre de l'AGCS, il est indispensable de bien comprendre le fonctionnement de cet accord (page 18). Issu de négociations âpres, l'AGCS apparaît comme un accord particulièrement souple et flexible. Les Etats ont la possibilité de s'engager selon leurs objectifs de politique nationale et de moduler ces engagements (contrairement au General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), l'obligation de traitement national est conditionnelle, de même qu'il est possible d'instaurer un certain nombre d'exemptions initiales à la clause de la nation la plus favorisée, exemptions *a priori* temporaires). Cette souplesse doit être relativisée, étant donné que la vertu principale de l'accord est de consolider les engagements pris par chaque

membre : le retour à des mesures plus restrictives apparaît ainsi comme une hypothèse assez improbable.

De nombreuses dispositions de l'AGCS sont énoncées en termes larges et ambigus. D'une part, l'accord ne définit pas l'objet même de son champ d'application : la notion de service. Plus fondamentalement, il ne définit pas des notions telles que base commerciale, concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services (quel marché pertinent ?). Ces clarifications sont indispensables afin de déterminer dans quelle mesure les services publics sont couverts par l'accord (page 26). D'autre part, l'accord comprend un « agenda incorporé » renvoyant à des négociations ultérieures en matière de marché public (susceptibles de recouvrir la question des concessions de services publics) et de subventions, thèmes cruciaux en ce qui concerne la gestion et le financement des activités de service public (page 37). Ces négociations apparaissent actuellement bloquées. Enfin, la couverture de secteurs aussi fondamentaux que celui de l'eau ou de l'énergie demeure problématique, ceux-ci n'apparaissant pas dans une catégorie unifiée de la classification sectorielle des services qui sert de base aux négociations actuelles⁵.

La libéralisation du commerce mondial des services n'en est qu'à ses premiers pas. Les résultats de l'Uruguay Round s'apparentent surtout à une consolidation partielle de la situation antérieure dans le domaine des services. Des évolutions majeures pourraient se dessiner à long terme sur les sujets évoqués précédemment, à l'image de ce qui s'est produit pour le GATT. Elles dépendront des choix effectués par les membres les plus influents de l'OMC.

La notion de service public

Afin d'examiner le régime des services publics au sein de l'OMC, il est nécessaire de déterminer ce que désigne précisément cette notion. Le service public est fondé sur l'idée d'intérêt public (ou d'intérêt général) qui peut donner lieu à des interprétations divergentes et parfois contradictoires. De plus, la question du service public ne se pose pas uniquement en termes juridiques mais également en termes politiques et économiques. Le thème du service public est polémique, car étroitement lié à un des grands problèmes du droit administratif contemporain : celui du rôle de l'Etat. Qu'il soit considéré comme un moyen privilégié de l'action étatique ou comme un mode d'intervention parmi d'autres, le service public a donné lieu à de nombreuses constructions juridiques. En France, le concept a été analysé, théorisé et mis en œuvre avec le plus d'intensité. Les autres Etats européens lui ont attribué un rôle plus ou moins important. L'Union européenne, fondée sur les principes fondamentaux de liberté de circulation (des services, des capitaux) et de libre concurrence, tente actuellement d'aménager un équilibre entre marché et service public.

Cette partie délimitera ce que la notion de service public désigne en droit français et en droit communautaire. Cette première étape est nécessaire pour deux raisons. Elle permet de comprendre, en partie, les fondements de la position communautaire au sein des négociations qui se déroulent à l'OMC. Elle laisse également transparaître un parallèle entre la construction européenne et l'attitude de l'OMC vis-à-vis des services publics : l'Accord général sur le commerce des services semble

ignorer la problématique des services publics, tout comme les traités européens l'avaient fait jusqu'à l'adoption de l'Acte unique européen, qui marque un tournant dans la politique d'intégration du marché intérieur. De plus, l'ouverture du commerce des services (essentiellement l'élimination de mesures non tarifaires) amène les négociations sur le terrain des politiques publiques et de la réglementation intérieure. Ces questions se sont posées à l'échelle européenne avec beaucoup d'acuité, particulièrement dans le domaine crucial des services en réseau. L'observation des solutions élaborées par le droit européen permet de mieux saisir certains aspects des enjeux et des difficultés auxquelles se heurtent les négociations de l'AGCS.

Le service public dans le droit français et le droit communautaire

La France a élaboré la conception du service public la plus idéologisée. Cela ne signifie pas que ses voisins européens ignorent cette notion. Ils lui attribuent toutefois des fonctions différentes. Les instances communautaires et les autorités françaises ont adopté en quelque sorte des démarches inverses. Le droit communautaire a introduit des éléments de protection des missions de service public dans un environnement marqué par le libéralisme économique et la primauté du droit de la concurrence, alors que le droit français a introduit la concurrence dans la gestion des services publics.

Le service public en France

Dans cette partie, il ne s'agit pas de procéder à une description détaillée de la conception française du service public, mais surtout de relever que le régime interne des services publics s'accommode parfaitement de la gestion privée dans certains secteurs. Par ailleurs, les services publics français ne sont pas à l'abri du droit de la concurrence.

Le service public, une fonction clé de l'administration

La notion de service public a été forgée dans un contexte de libéralisme économique qui limitait les interventions de l'Etat à des tâches de protection de l'ordre et de la sécurité ainsi qu'à des fonctions de solidarité⁶. La montée en force des idées socialistes et les besoins croissants engendrés par l'organisation capitaliste de la société conduisent les gouvernements de la III^e République à étendre l'interventionnisme étatique. Dans ce contexte, l'Ecole française du service public propose une nouvelle légitimation de l'Etat : ce dernier est désormais analysé comme une combinaison de services publics, le service public constituant le fondement et la limite du pouvoir des gouvernants.

L'idée de service public progresse ainsi tout au long du XX^e siècle : les grands mouvements de nationalisation (Front populaire, Libération, 1981) permettent à l'Etat de jouer un rôle économique croissant dans le domaine des transports, de la banque, de l'assurance, etc. A partir de 1986, le rôle de l'Etat est recentré sur des missions de régulation et de solidarité. Parallèlement, l'Etat intervient comme soutien de la politique industrielle française. Malgré ce retrait, l'association spontanée entre service public et gestion publique demeure très présente dans les esprits.

A partir des années 1960, la notion juridique de service public, conçue comme le critère unique du droit administratif, voire du droit public dans son ensemble, va connaître de nombreuses critiques. L'extension progressive du domaine des activités de service public entraîne une perte de clarté de la notion : il devient de plus en plus difficile de distinguer ce qui fait la spécificité de certaines activités de service public. La distinction entre services publics administratifs (SPA) et services publics industriels et commerciaux (SPIC), instituée en 1921, apparaît aléatoire et ambiguë. De plus, la délégation de services publics à des organismes privés est largement pratiquée, notamment dans les collectivités locales : la gestion privée est une

des caractéristiques majeures du service public français. Un SPIC sera ainsi souvent régi par des règles de droit privé en ce qui concerne son régime de comptabilité et ses relations avec les usagers ou les tiers (qui s'inscrivent dans un cadre contractuel).

Cependant, il est important de relativiser ces objections. Si la notion de service public ne s'avère pas toujours opérationnelle, elle demeure un élément central du droit interne. Situait le débat sur le plan du contentieux (la compétence du juge administratif), ces critiques masquent à leur tour la réalité administrative : « Le service public demeure la fonction clé de l'Administration »⁷. Par ailleurs, le régime du service public retrouve une certaine unité dans le sens où « tout service public, quelle que soit sa nature, se voit appliquer un régime exorbitant de droit commun dans la seule et exacte mesure des nécessités de service, en fonction du but d'intérêt public à réaliser »⁸.

Il serait donc excessif de considérer que le concept de service public est désormais inutile car dépassé. Cependant, il est important de souligner que le régime des services publics est caractérisé par une imbrication de règles de droit public et de droit privé. L'intervention de personnes privées dans la gestion peut être plus ou moins large selon le mode choisi (régie, concession de service public, affermage, contrats innommés).

Services publics et concurrence

Le recours à la gestion privée amène à s'interroger sur les rapports que les activités de service public entretiennent avec le droit de la concurrence. A cet égard, le poids du droit communautaire est considérable. Sous cette influence, le droit français de la concurrence s'est progressivement étendu aux activités des services publics marchands. Au vu de la situation juridique interne, il est désormais établi que les activités de service public peuvent se dérouler dans un environnement concurrentiel.

Le droit français de la concurrence est principalement régi par l'Ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, récemment codifiée dans le Code de commerce. Deux critiques persistantes sont adressées à l'encontre des décisions et des pratiques qui émanent des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public : l'abus de position dominante (exploitation abusive d'une position dominante sur un marché ou une partie substantielle de celui-ci) et l'entente (accord ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence)⁹.

L'article 53 de l'Ordonnance de 1986 (article L-410-1 du Code de commerce) précise que ce texte s'applique « à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». L'ordonnance, qui ne reprend pas la distinction entre SPA et SPIC, s'applique aux personnes publiques et aux personnes privées.

Dans un célèbre arrêt du Tribunal des conflits qui opposait la SAEDE et la Compagnie générale des eaux à propos d'un contrat de gérance du service des eaux (6 juin 1989, Ville de Pamiers), les juges ont considéré que l'acte de dévolution d'un service public échappait à la compétence du Conseil de la concurrence. Cette position, confirmée dans un premier temps par le Conseil d'Etat, a été renversée dans l'arrêt Million et Marais (CE, 3 novembre 1997). Par cet arrêt, le Conseil d'Etat abandonne le postulat « selon lequel la dévolution d'un service public serait étrangère au droit de la concurrence, presque par nature, par hypothèse ou par construction »¹⁰.

Il ressort de ces affaires que le juge administratif considère les actes de dévolution comme susceptibles de fausser le jeu de la concurrence. Cela ne signifie pas que toute attribution de droits exclusifs à un opérateur doit être prohibée, mais que le choix d'une telle organisation du service public doit pouvoir être contrôlé par le juge¹¹.

Notons par ailleurs que, contrairement au droit communautaire, le droit de la concurrence interne ne comporte pas de référence à l'intérêt général ou à une justification tirée des exigences du service public. La jurisprudence administrative vient combler cette lacune en prenant en compte des considérations de cohésion sociale et territoriale (bonne gestion et conservation du domaine public par exemple, arrêt EDA du Conseil d'Etat du 26 mars 1999).

Le service public au sein de l'UE

Dans l'Union européenne, que la notion ait un statut central (France), qu'elle soit banalisée (Allemagne, Espagne, Italie) ou qu'elle soit ignorée en tant que concept juridique (Grande-Bretagne), les collectivités publiques gèrent des services publics en ayant recours à la gestion directe ou déléguée.

Considéré comme un « droit sans Etat », le droit communautaire tarde à s'intéresser à la question des services publics¹². L'expression « service public » n'est utilisée qu'une seule fois dans le Traité de Rome, en matière

de politique des transports. Pour le reste, celui-ci traite des services d'intérêt économique général (SIEG), notion qu'il est possible de rapprocher des SPIC.

La véritable réflexion sur la place des services publics au sein de la Communauté européenne est lancée à l'occasion de l'adoption de l'Acte unique européen. La libéralisation des grandes infrastructures en réseau devient alors indispensable en vue de l'intégration du marché intérieur. L'objectif est de favoriser la compétitivité des économies européennes, de donner aux entreprises les moyens de s'adapter aux nouvelles technologies de communication et de mettre en route le chantier des réseaux transeuropéens. Dans ce contexte, la question des services publics se pose essentiellement en termes économiques, au détriment de la conception française qui se veut avant tout politique.

Le recours à la notion de service universel

Accordant un préjugé favorable aux thèses du libéralisme économique, le droit communautaire ne conçoit pas le service public comme un moyen privilégié pour satisfaire les besoins collectifs. Considérant que la gestion monopolistique des activités d'intérêt général ne s'impose pas d'elle-même, le traité de la CEE aménage un régime dérogatoire pour les entreprises chargées de la gestion de SIEG : les règles de concurrence leur sont applicables dans la mesure où elles ne font pas échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie (article 86.2 Traité CE). Dans ce cadre, le service public apparaît comme une exception tolérée.

Le droit communautaire dérivé se réfère à la notion de service universel (notamment dans les secteurs des télécommunications et de la poste), décrit comme un « service de base offert à tous, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard ». Importé des Etats-Unis, le concept est plus fondé sur les droits des consommateurs que sur ceux des citoyens, débouchant ainsi sur une protection minimale. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il ne s'agit là que d'une définition plancher de référence, chaque Etat pouvant adopter une définition plus étendue selon ses intérêts légitimes.

Le mouvement de libéralisation suscite des craintes dans le courant des années 1980 et 1990 en ce qui concerne les capacités des SIEG d'assurer leurs missions. Le risque était de voir les nouveaux opérateurs se placer sur les segments de marché les plus rentables, ruinant ainsi le système de péréquation tarifaire. De plus, se posait la question du main-

tien des entreprises publiques, en dépit des dispositions de l'article 295 du Traité CE affirmant la neutralité de la Communauté à l'égard du régime de propriété.

Ces doutes ont été en partie dissipés par les arrêts Corbeau (19 mai 1993, C-320/91) et Commune d'Almelo (27 avril 1994, C-393/92) dans lesquels la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) légitime le principe de la péréquation tarifaire entre secteurs d'activité rentables et non rentables. Elle confirme par ailleurs que les entreprises de SIEG assument des obligations plus lourdes que les entreprises privées, ce qui justifie un régime dérogatoire par rapport aux règles de concurrence.

Ces arrêts marquent une étape décisive dans le rapprochement des logiques de concurrence et de service public.

Vers une conciliation de la logique du marché et de celle du service public ?

L'extension des compétences et l'approfondissement des missions de la Communauté européenne, de même que le besoin de nouvelles réglementations suscité par les progrès de la libéralisation ont introduit une réflexion plus globale sur la place des services publics. L'adoption de l'article 16 du Traité CE en 1997 et la communication de la Commission sur les services d'intérêt général¹³ témoignent de cette évolution ; cependant, l'approche économique, fondée sur la prépondérance des règles concurrentielles, reste prédominante.

L'introduction de l'article 16 lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam marque la volonté de l'Union européenne de forger un statut des services publics qui ne se limite pas à des considérations purement économiques : « [...] Eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres [...] veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴ s'inscrit dans la même perspective : « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

La communication de la Commission (qui ne constitue pas un texte juridique contraignant) se réfère à la notion plus large de services d'intérêt général, affirmant que ceux-ci constituent un élément clé du modèle européen de société. Elle reconnaît également les spécificités culturelles et historiques des Etats membres, qui peuvent les conduire à utiliser des moyens différents pour des services différents, voire pour un même service. Le texte précise que des services tels que l'éducation nationale et les régimes de sécurité sociale obligatoires sont exclus de l'application des règles de concurrence.

Cette communication, commandée par le Conseil européen de Lisbonne, insiste sur la compatibilité « complète » entre le respect des principes de concurrence et le maintien d'un niveau élevé dans la prestation de services publics. Le service public est cependant maintenu au statut d'exception.

Le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mai 2002 appelle de ses vœux l'adoption d'une directive cadre qui consolide et précise les principes aux SIEG¹⁵. L'expression « services publics » est désormais employée et les conclusions du Conseil incitent à adopter une stratégie globale et non plus uniquement sectorielle. L'adoption d'une telle directive pourrait marquer un changement de perspective significatif, susceptible de consolider un régime communautaire autonome des services d'intérêt général. Le Parlement européen soutient cette initiative, appelant parallèlement à une approche novatrice des services d'intérêt général qui seraient analysés non seulement sous l'angle du respect des principes de concurrence mais également sous celui de la sécurité, du développement durable et de la cohésion sociale et territoriale.

Les développements de cette section permettent de conclure que la problématique de la coexistence du service public et de la concurrence est déjà présente dans le système européen ainsi que dans le système français. L'AGCS n'apporte pas de bouleversements à cet égard, du moins dans le domaine des services marchands. Cependant, une telle coexistence ne peut ignorer les spécificités des activités de service public.

La question particulière des activités de service public en réseau

La question de l'ouverture à la concurrence des réseaux de services publics s'est posée avec une acuité particulière à l'échelle

de la Communauté européenne. En effet, ces activités sont fondamentales pour la compétitivité de l'économie européenne. Compte tenu de leur poids dans l'économie, des secteurs tels que les télécommunications, les transports, l'énergie, la poste constituent des réseaux de base qui conditionnent la réalisation de nombreuses activités tertiaires (services financiers, services de distribution, etc.) et industrielles. Il est utile de présenter les grandes lignes de la question, étant donné que ces secteurs sont au centre des négociations qui se déroulent actuellement à l'OMC.

Une gestion monopolistique

Chacune des activités de service public en réseau présente des particularités et des modes de gestion diversifiés qu'il est impossible de présenter dans le cadre d'une seule étude. Néanmoins, ces secteurs possèdent des caractéristiques communes du point de vue de leur organisation juridique¹⁶.

Les réseaux de service public en France

Ces réseaux ont été traditionnellement gérés sous la forme de monopoles. Cette option a été privilégiée en raison de considérations fiscales (monopole fiscal qui a justifié l'instauration du monopole de la poste), de motifs techniques (monopole naturel nécessitant des infrastructures lourdes, par exemple dans le cas des transports ferroviaires, des réseaux de transport d'énergie ou de la distribution de l'eau), de préoccupations de souveraineté nationale (transports aériens internationaux), sans oublier bien sûr les raisons liées au financement des missions de service public (lignes aériennes internes, poste). Le droit administratif joue un rôle clé dans leur régulation, ce qui explique la nécessité de pouvoir identifier avec certitude les activités de service public.

Le monopole peut être attribué par une loi à une entreprise nationale (EDF ou SNCF) qui couvre l'ensemble du territoire. Les pouvoirs publics peuvent également décider d'attribuer des licences d'exploitation accompagnées de droits exclusifs à des entreprises privées (cas des transports aériens par exemple). Ces licences peuvent être mises en concurrence (on parle alors de monopole compétitif ; c'est le cas notamment de la distribution de l'eau potable déléguée par les communes).

En France, mis à part le secteur de la distribution de l'eau, les opérateurs ont été souvent placés sous le contrôle direct de l'Etat. Les motifs étaient multiples : crise de financement dans le secteur ferroviaire et aérien,

volonté de contrôler le fonctionnement des monopoles naturels qui commandent le fonctionnement des services essentiels à l'économie nationale et de développer de nouveaux secteurs. A cet égard, il est possible de constater que les nationalisations ont joué en France un rôle équivalent à celui de la régulation dans le système des Etats-Unis.

Observons également que, dans de nombreux cas, les motivations qui sous-tendent le choix du monopole sont autant liées à des considérations de stratégie économique (renforcement des positions des entreprises nationales prestigieuses) qu'à des considérations de service public. Ainsi, des commentateurs ont pu affirmer que : « Les réels succès du service public "à la française" concernent davantage la politique industrielle et l'emploi que le service du public et la solidarité à proprement parler »¹⁷. Il ressort de cette observation que la question du service public ne peut être envisagée uniquement en termes juridiques. Cela apparaît clairement aux yeux des partenaires commerciaux de la France, qui lui demandent d'expliquer ses choix non seulement sur le fondement de considérations politico-juridiques mais également sur la base d'éléments économiques.

L'exemple de la Grande-Bretagne et celui des Etats-Unis

Dotée comme la France d'un pouvoir central fort, la Grande-Bretagne a également possédé un secteur public étendu et pratiqué un fort interventionnisme étatique en matière économique. A partir des années 1970, les grandes infrastructures en réseau connaissent une crise de financement. La « révolution conservatrice » qui commence en 1979 bouleverse totalement ce schéma en engageant une politique de privatisation et de « démonopolisation » des services publics, confiant parallèlement d'importantes prérogatives à des régulateurs indépendants, notamment en matière de fixation des prix d'accès au réseau.

Aux Etats-Unis, l'évolution a été sensiblement différente. En dépit de l'intervention de la Cour suprême (arrêt *Munn v. Illinois* de 1877), qui a considéré que les personnes privées gérant des activités présentant un intérêt public devaient se soumettre à un contrôle public, les activités de réseau n'ont pas été nationalisées. Elles sont restées entre les mains du secteur privé sous le contrôle d'agences indépendantes qui exerçaient principalement un contrôle sur les prix. Le principal objectif était de garantir la concurrence et d'éviter la formation de monopoles

privés : l'intervention publique était initialement caractérisée par des motifs d'efficacité économique. Les considérations sociales ou d'aménagement du territoire ne sont venues se greffer sur le système que par la suite.

La deuxième grande étape de cette évolution est marquée par le mouvement de dérégulation, amorcé dans les années 1980, qui vise principalement à modifier les réglementations sectorielles afin de les rendre plus efficaces et de les adapter aux évolutions technologiques.

La régulation des réseaux en Europe

A l'échelle communautaire, l'ouverture des réseaux à la concurrence est menée en vue d'une intégration économique plus poussée de l'Union, qui devrait améliorer la compétitivité de l'ensemble.

Trois préoccupations dominent : la mise en œuvre d'une politique de concurrence active, le maintien de certains droits exclusifs et la prise en compte des considérations de service public. Cela s'est traduit par la mise en place d'un cadre réglementaire communautaire incitant à la libéralisation des principaux réseaux de services : télécommunications, poste, électricité, transport aérien, transport maritime, chemins de fer. Il est important de noter que ce processus de libéralisation est accompagné d'un important dispositif réglementaire visant à prévenir la formation de monopoles privés à la place des monopoles publics afin d'assurer une concurrence effective. De plus, des considérations de service public sont introduites par le biais de la notion de service universel, à laquelle s'ajoutent des principes complémentaires tels que la continuité et la qualité du service, l'accessibilité tarifaire, la protection des utilisateurs et des consommateurs, la sûreté, la sécurité de l'approvisionnement, l'accès au réseau et l'interconnectivité, le pluralisme des médias ou encore des éléments liés à la protection de l'environnement. La libéralisation s'accompagne donc d'une « reréglementation ». Il s'agit là d'un point sur lequel insiste particulièrement le secrétariat de l'OMC : les Etats ne sont pas confrontés à un démantèlement pur et simple de leurs monopoles, les privant de tout moyen d'action et de contrôle vis-à-vis des opérateurs privés. Si cela s'avère être globalement le cas au sein de l'Union européenne, la situation n'est pas identique à l'échelle de l'AGCS, dont l'application dépend finalement des engagements pris par chaque Etat

et des interprétations qui seront données à des notions juridiques définies de manière souple et ambiguë. Notons dès à présent que les disciplines générales de l'AGCS ne comportent pas de référence à des obligations de service universel.

La gestion des réseaux est actuellement fondée sur trois éléments majeurs : l'existence d'autorités sectorielles qui contrôlent ces réseaux (avec plus ou moins de succès, du fait de l'asymétrie d'information entre régulateur et opérateurs) ; le principe de séparation du régulateur et des opérateurs : l'autorité de régulation doit être distincte de l'autorité de tutelle de l'entreprise publique qui subsiste sur le marché ; le principe de transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises qui impose une séparation comptable des différentes activités d'une même entreprise disposant de droits exclusifs ou percevant des compensations du fait de l'exercice de missions de service public. Cette pratique vise à déceler les subventions croisées.

La politique européenne de libéralisation des grands réseaux de services publics menée depuis le début des années 1990 a déjà contribué à ouvrir ces secteurs à la concurrence. Au regard des engagements pris à ce jour, l'Union européenne ne se voit pas imposer par l'AGCS des obligations plus lourdes que celles auxquelles elle se plie dans le cadre du marché intérieur. Le Livre vert sur les services d'intérêt général, présenté par la Commission en mai 2003, indique clairement que « l'offre [communautaire] ne prévoit pas d'aller au-delà du niveau de libéralisation du marché intérieur [...] ; elle maintient la possibilité d'imposer des obligations de service universel »¹⁸. Cependant, une telle affirmation devrait être examinée avec précaution, étant donné que l'étendue des engagements souscrits dépendra également de l'interprétation d'un certain nombre de points juridiques fondamentaux contenus dans l'AGCS et dont le contenu n'est pas défini de manière précise (voir notamment la troisième partie de cette étude).

Cependant, cette maîtrise relative du processus de libéralisation ne se vérifie pas dans le cas des pays en développement, qui constituent des marchés potentiels importants et ne disposent que rarement des ressources nécessaires pour mettre en place ces infrastructures. Leur situation dépend des engagements pris dans le cadre de leurs listes nationales, listes dont nous examinerons le fonctionnement dans la partie suivante.

L'Accord général sur le commerce des services

L'Accord général sur le commerce des services est caractérisé par sa souplesse et sa complexité. Sa structure et son mode de fonctionnement différent sensiblement de ceux du GATT. L'AGCS est constitué de trois ensembles : le premier définit en vingt-neuf articles les règles qui s'appliquent au commerce des services ; le deuxième comprend huit annexes sur certains secteurs de services (transport aérien, services financiers, télécommunications) et le mouvement des personnes physiques. Le troisième volet présente l'ensemble des listes d'engagements spécifiques contractés par chaque membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'articulation qui existe entre les règles générales de l'accord et les engagements spécifiques de chaque Etat est fondamentale pour évaluer les obligations qui pèsent sur chacun d'entre eux.

Considérant que le commerce des services est un moyen de promouvoir la croissance et le développement économique de tous les partenaires commerciaux, le préambule de l'accord fixe comme principal objectif l'établissement d'un cadre multilatéral de principes et de règles pour l'expansion de ce commerce et sa libéralisation progressive. Le niveau d'engagement devra s'élever dans le cadre de négociations multilatérales successives qui assureront un équilibre global des droits et obligations et tiendront compte des objectifs de politique nationale. Mention spéciale est faite pour les pays en développement et les pays les moins avancés, au profit desquels des efforts particuliers devront être consentis.

Les obligations et disciplines de l'AGCS

L'AGCS couvre un ensemble de secteurs beaucoup plus vaste que le GATT. Alors que ce dernier se limite au commerce des marchandises, l'AGCS est amené à traiter de sujets sensibles (tels que les services publics) et à encadrer les politiques publiques qui s'y rapportent.

Cette spécificité de l'AGCS a pour conséquence une application partielle des principes fondamentaux qui organisent le commerce international des marchandises et qui constituent le moteur de la libéralisation des échanges : la clause de la nation la plus favorisée (NPF) n'est pas inconditionnelle, les règles de non-discrimination (traitement national et accès au marché) ne sont pas mises en œuvre automatiquement.

L'AGCS prévoit deux séries de dispositions : les obligations et disciplines générales, qui s'appliquent à tous les membres de l'OMC et les obligations conditionnelles, qui sont modulées en fonction des choix effectués par les Etats. Avant de les examiner, il est nécessaire de déterminer le champ d'application de l'accord.

Portée et champ d'application

L'accord s'applique aux mesures des membres qui affectent le commerce des services (article I-1). Les formes que peut revêtir ce commerce sont détaillées par mode de fourniture : la fourniture transfrontière (mode 1),

la consommation à l'étranger (mode 2), la présence commerciale (mode 3) et la présence de personnes physiques (mode 4).

Le mode 1 couvre les services fournis à partir du territoire d'un membre sur le territoire d'un autre ; seul le service franchit la frontière, sans déplacement de personnes. La fourniture transfrontière de services désigne la forme la plus simple de commerce des services, du fait notamment qu'elle maintient une séparation géographique claire entre le vendeur et l'acheteur. Il pourra s'agir par exemple de services qu'un cabinet de conseil transmet à son client par voie postale ou par courrier électronique.

Le mode 2 est celui de la consommation à l'étranger : le consommateur des services se rend sur le territoire d'un autre membre pour obtenir un service. A l'instar de la fourniture transfrontière, cette forme de commerce est simple et ne pose pas de difficultés particulières dans le sens où elle n'exige pas que le fournisseur de services soit admis dans le pays consommateur. Citons comme exemple le cas de la personne qui se déplace dans le pays fournisseur pour y faire du tourisme, recevoir des soins dans un établissement hospitalier ou fréquenter une université.

Le mode 3 est celui de la fourniture d'un service au moyen de la présence commerciale du fournisseur étranger sur le territoire d'un autre membre (moyennant un investissement dans la création d'une succursale, d'une agence ou d'une filiale), par exemple l'établissement de succursales de compagnies d'assurance, de chaînes d'hôtel, d'agences bancaires ou de cabinets de conseil juridique. Ce mode de fourniture apparaît comme le plus important : en effet, une grande partie des transactions de services exige la présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur. Parallèlement, le mode 3 est lié au thème sensible des politiques d'investissement.

La question de la présence commerciale pose des problèmes délicats pour les pays d'accueil : elle concerne inévitablement le domaine des réglementations internes comme le droit d'établissement, inhérent à la présence commerciale des entreprises étrangères.

Le mode 4 implique la présence de personnes physiques, c'est-à-dire l'admission de ressortissants étrangers dans un pays pour y fournir des services. Ce mode de fourniture peut se rencontrer seul (fournisseur de services à titre individuel) ou en combinaison avec le mode 3 (le fournisseur étranger emploie des cadres ou des spécialistes étrangers). Il suscite un certain nombre de craintes en matière de politique d'immigration étant

donné que certains pays en développement présentent des intérêts offensifs (par exemple le déplacement d'informaticiens ou de médecins). L'annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'AGCS souligne que ses dispositions ne s'appliquent pas aux demandeurs d'emploi. Parallèlement, elle précise que les membres qui s'engagent à autoriser des personnes physiques à fournir des services sur leur territoire conservent le droit de réglementer leur admission, pour autant que cela n'empêche pas de respecter les engagements contractés. Comme nous le verrons par la suite, cette exigence de proportionnalité dans un domaine sensible lié à la souveraineté des Etats est également présente en matière de service public et de réglementation intérieure.

Les modes 3 et 4 révèlent un point important de l'AGCS : alors que le GATT ne s'est concentré au départ que sur les droits de douane et autres mesures aux frontières qui entravaient le commerce des marchandises, il ne s'est préoccupé que tardivement des questions liées aux choix de politique interne telles que les subventions ou les normes techniques. En revanche, la libéralisation du commerce des services nécessite d'emblée l'encadrement des politiques publiques et des réglementations internes. La capacité à fournir un service dans un autre pays membre dépendra fortement des réglementations publiques. Le secrétariat de l'OMC résume la situation ainsi : « Ce faisant, et en posant des règles multilatérales qui garantissent aux entreprises et aux personnes physiques la possibilité de s'établir sur un marché étranger, l'AGCS a conquis un terrain nouveau »¹⁹. Ces formes de contrôle et de contrainte ne sont pourtant pas nouvelles pour les pays européens qui connaissent actuellement une intégration plus poussée au sein du marché intérieur.

L'accord vise les mesures des membres qui affectent le commerce des services : le terme « mesure », défini de manière extensive, s'entend de toute mesure prise par un membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative ou sous toute autre forme (article XXVIII-a).

Précisons que tous les niveaux d'administration des Etats sont concernés : cela englobe les gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux, de même que les organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par les gouvernements ou administrations précités (article I-3-a). Il revient donc aux membres de faire respecter les obligations qui découlent de

l'AGCS à tous les échelons de l'administration sur leur territoire. Cette tâche peut s'avérer particulièrement délicate dans le domaine des services publics qui sont souvent gérés par des collectivités locales (voir également le cas des Etats fédéraux ou régionaux). En effet, de nombreuses administrations infranationales assument des fonctions de gestion et d'organisation de services publics locaux. Cela soulève la question délicate de l'agencement des pouvoirs des autorités centrales et des autorités locales, notamment celle de la marge de manœuvre dont disposent les gouvernements centraux pour contraindre les collectivités locales à se plier aux engagements internationaux qu'ils ont souscrits.

Se pose enfin la question du type de services couvert par l'accord. Il est étonnant de constater que l'accord ne comporte pas une définition du terme « service » : l'AGCS ne définit donc pas le contenu de son objet. L'article I-3-b indique simplement qu'il s'applique à « tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». L'article I-3-c précise que le service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental s'entend de « tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ». Cette disposition sera examinée en détail dans la partie suivante ; précisons dès à présent que pratiquement aucune activité de service public n'est exclue du champ d'application de l'AGCS, la problématique principale étant celle de savoir si les entités gérant des services publics sont en concurrence avec les entreprises privées.

Les obligations et disciplines générales

Les règles décrites ci-dessous s'appliquent directement et automatiquement à tous les secteurs et à tous les membres.

La principale obligation générale est celle du traitement de la nation la plus favorisée ou clause NPF. Cette clause prévoit que tout membre est tenu d'accorder, « immédiatement et sans conditions, aux services et fournisseurs de services de tout autre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays » (article II-1). En d'autres termes, si un pays ouvre un secteur à la concurrence étrangère, il doit accorder des possibilités égales aux fournisseurs de tous les autres membres de l'OMC.

Contrairement au GATT, la clause NPF n'est pas inconditionnelle. Les membres ont eu la possibilité, lors de la conclusion de l'Uru-

guay Round (ou lors de leur adhésion pour les pays ayant intégré l'OMC ultérieurement), de maintenir des dispositions incompatibles avec ce principe. L'annexe sur les exemptions des obligations prévues à l'article II dispose que chaque membre peut établir une liste d'exemptions à la clause NPF (à ne pas confondre avec les listes nationales d'engagements spécifiques). Ces exemptions ne devraient pas avoir une durée supérieure à dix ans. L'emploi du conditionnel indique qu'il s'agit là d'une obligation juridiquement non contraignante. En revanche, l'annexe prévoit que ces exemptions seront un des thèmes abordés lors de négociations de libéralisation ultérieures. Les exemptions dépassant une durée de cinq ans sont périodiquement réexaminées par le Conseil du commerce des services qui détermine si les conditions qui ont rendu l'exemption nécessaire demeurent valables.

L'article V de l'AGCS (intégration économique) prévoit également une possibilité de dérogation à l'application de la clause NPF pour les pays participant à des arrangements commerciaux régionaux.

Plus de soixante-dix membres ont établi des listes d'exemptions à la clause NPF. Cette dérogation exceptionnelle est apparue nécessaire afin de faire avancer les négociations. L'AGCS touchant des domaines d'activité beaucoup plus vastes que le GATT, il est apparu que certains secteurs sensibles devaient être exemptés de l'application de ce principe. Les Etats-Unis ont également exigé cette dérogation afin de remédier au phénomène du *free-ride* (ou phénomène de passager clandestin) permettant aux pays protectionnistes de bénéficier de l'extension automatique des engagements résultant de la clause NPF, tout en présentant des concessions et des offres de libéralisation limitées.

L'Union européenne a élaboré une liste d'exemptions dont certaines touchent directement le secteur des services publics²⁰. Elles concernent notamment le secteur audiovisuel (voir annexe 4, page 62) et le secteur des transports.

Le second principe de base figurant dans les obligations générales est celui de la transparence (article III). Cette obligation n'est pas anodine, en particulier dans le domaine du commerce des services qui est caractérisé par un foisonnement de réglementations intérieures. Les études de l'OCDE sont particulièrement attentives sur ce point : « Etant donné la densité des réglementations qui entourent bon nombre d'activités de service, l'accès effectif aux marchés peut dépendre étroitement de la précision des informations dont

disposent les fournisseurs de services quant aux lois et réglementations en vigueur sur un marché potentiel. La prévisibilité est une nécessité impérieuse dans le commerce des services (...) »²¹.

L'article III exige que les membres publient toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement de l'AGCS. De plus, ils doivent notifier au Conseil du commerce des services toutes les lois, réglementations et directives administratives, ainsi que leurs modifications, qui affectent les secteurs visés par les engagements spécifiques pris par les Etats. Les membres doivent également mettre en place des points d'information afin de répondre aux demandes de renseignements émanant d'autres membres²². Des obligations supplémentaires sont mises à la charge des pays développés afin de faciliter l'accès aux renseignements pour les fournisseurs des pays en développement.

L'AGCS prévoit de nombreuses dispositions afin que les avantages découlant de l'accord ne soient pas entravés par les réglementations internes. Cette question est traitée sous deux aspects : l'élaboration des règles dans chaque Etat (article VI) et la reconnaissance des règles élaborées par chacun de ses partenaires (article VII).

L'article VI se trouve à mi-chemin entre l'obligation de transparence et l'encadrement des réglementations internes : toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services doivent être administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale. A cet égard, les membres sont dans l'obligation d'aménager un système judiciaire, arbitral ou administratif qui permette la révision des mesures jugées excessives et la correction de leurs effets négatifs.

Le Conseil du commerce des services est appelé à élaborer des règles afin d'empêcher que les prescriptions en matière de qualification, norme technique et licence ne constituent des obstacles non nécessaires au commerce (les premières disciplines ont été élaborées dans le domaine des services comptables).

L'article VII incite à la reconnaissance des qualifications, licences et normes entre les membres.

Les obligations conditionnelles

La portée des articles XVI (accès au marché) et XVII (traitement national) ne peut être évaluée pleinement qu'en liaison avec les listes d'engagements spécifiques élaborées par les

membres. Ces articles s'appliquent uniquement aux secteurs inscrits dans ces listes : leur portée varie d'un Etat à un autre, selon l'ampleur des engagements souscrits. Il s'agit là de la différence principale avec le GATT qui prévoit une application automatique et uniforme de ces principes.

Au terme de l'article XVI-1, « chaque membre accordera aux services et fournisseurs de tout autre membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa liste ».

L'accès au marché peut être soumis à six types de restrictions énumérés à l'article XVI-2 : le nombre de fournisseurs de services, la valeur totale des transactions, le nombre des opérations ou la quantité totale de services produits, le nombre de personnes employées dans un secteur ou par un fournisseur, la forme juridique du fournisseur ou la participation des capitaux étrangers. Les membres doivent inscrire ces limitations sur leur liste s'ils souhaitent les maintenir.

Parallèlement, des restrictions autres que celles prévues par l'article XVI-1 sont susceptibles d'être mises en œuvre ou maintenues par les pays membres. Dans ce cas, ces mesures seront considérées comme relevant des dispositions relatives à la réglementation intérieure de l'article VI.

L'article XVII-1 prévoit 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 (...) un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ». Cet article donne la possibilité aux membres d'inscrire des mesures discriminatoires sur leur liste²³.

Le principe du « traitement non moins favorable » vise à placer les fournisseurs étrangers et nationaux sur un pied d'égalité en matière de concurrence et d'éviter les mesures protectionnistes. Cette égalité doit être substantielle et non formelle : il doit s'agir d'un traitement national *de jure* et non *de facto*²⁴. Il n'est donc pas obligatoire de traiter de manière identique les fournisseurs étrangers et nationaux. En effet, appliquer des règles uniformes à tous les producteurs peut représenter une restriction déguisée qui ne touche que les entreprises étrangères. Dans ce cas, l'application de règles différenciées devient une obligation.

Il est important de souligner la différence de régime entre le GATT et l'AGCS sur la

question du traitement national. Ce principe s'applique à toutes les marchandises dans le GATT. Il ne s'applique qu'aux secteurs choisis par les membres dans l'AGCS. Cette distinction découle des caractéristiques du commerce des services et du commerce des marchandises. Elle est clairement exposée par le secrétariat de l'OMC²⁵ : le traitement national universel est possible dans le domaine des marchandises sans instituer le libre-échange total, car l'entrée des produits étrangers sur le territoire national peut être contrôlée par d'autres moyens (mesures aux frontières, restrictions quantitatives, droits d'importation). En revanche, dans la plupart des cas, un fournisseur étranger de services, en particulier si les services sont fournis dans le marché du pays importateur sur la base du mode 3 ou du mode 4, bénéficiera d'un accès libre au marché considéré par le biais du traitement national. Le secteur des services étant, en règle générale, caractérisé par une absence de protection tarifaire, il apparaît qu'un engagement général de traitement national (et d'accès au marché) « équivaldrait dans bien des cas au libre-échange intégral dans ce domaine »²⁶. Une telle option apparaît aujourd'hui comme politiquement inacceptable, notamment dans le domaine des services publics.

Les exceptions et sauvegardes

L'accord prévoit une série de dispositions grâce auxquelles les gouvernements nationaux peuvent limiter ou suspendre les engagements qu'ils contractent.

L'article X concerne les mesures de sauvegarde d'urgence, permettant à un membre de modifier ou de retirer un engagement spécifique, s'il démontre que cette mesure est nécessaire. En vertu de cet article, des négociations multilatérales ont été engagées afin de fixer les modalités de mise en œuvre de cette procédure. Initialement, elles devaient s'achever au début de l'année 1998. Elles n'ont toujours pas abouti, les membres ne parvenant pas à s'accorder sur la faisabilité et l'opportunité d'un tel mécanisme dans le cadre du commerce des services. Lors de la dernière réunion du groupe de travail des règles de l'AGCS, le 12 mars 2003, le président du groupe estimait que les travaux sur cette question n'avaient donné aucun résultat tangible. Beaucoup de questions essentielles restent sans réponse ; ainsi il n'y a pas de consensus sur la question fondamentale de la forme que revêtirait un mécanisme de sauvegarde d'urgence, ainsi que sur le point de savoir qui serait protégé par un tel mécanisme.

L'article XII autorise les membres à adopter ou à maintenir des restrictions au commerce des services en cas de difficulté de balance des paiements. Ces restrictions ne devront pas être discriminatoires, elles éviteront de léser inutilement les intérêts commerciaux d'autres parties et ne seront établies qu'à titre provisoire.

Comme pour le GATT (article XX), l'article XIV prévoit un certain nombre d'exceptions générales auxquelles un membre peut avoir recours, à la condition qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer « soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services ».

Ces mesures doivent être nécessaires à la protection, entre autres, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes ou des animaux, à la préservation des végétaux, à la prévention des pratiques frauduleuses, à la protection de la vie privée dans l'utilisation des données personnelles, à la mise en œuvre d'une imposition équitable et effective. L'article XIV-bis est consacré aux exceptions concernant la sécurité. L'annexe sur les services financiers donne, indépendamment des autres dispositions de l'AGCS, le droit aux membres de prendre des mesures pour des raisons prudentielles ou pour assurer l'intégrité du système financier.

Curieusement, et contrairement à l'article XX du GATT, l'article XIV ne prévoit pas d'exception particulière au titre de la conservation des ressources naturelles épuisables. Or, cette exception peut s'avérer très importante dans les secteurs de l'énergie ou des services environnementaux.

Le critère de la nécessité de telles mesures est, concernant les marchandises, au centre d'un contentieux abondant qui a donné l'occasion à l'organe d'appel permanent du système de règlement des différends de prononcer certaines de ses décisions les plus importantes, en matière de protection de la santé ou de protection de l'environnement notamment. Rejetant le principe de l'interprétation stricte des exceptions, l'organe d'appel recherche un point d'équilibre entre les politiques des Etats qui poursuivent des objectifs considérés comme légitimes au regard de l'article XX et les principes fondamentaux du GATT, la principale préoccupation étant d'éviter un usage abusif qui pourrait déboucher sur des mesures protectionnistes. Parallèlement, il s'agit de déterminer si la mesure est la moins restrictive possible pour le commerce. La jurisprudence de l'organe s'est pro-

gressivement éloignée de cette approche, privilégiant le critère de la proportionnalité²⁷. Même si la mesure n'est pas indispensable, elle pourra être considérée comme nécessaire en fonction des intérêts communs protégés : « Plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" d'une mesure » (11 décembre 2000, Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, WT/DS161 et WT/DS169). L'esprit et la structure des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS étant similaires, il est probable que l'organe d'appel utilisera les mêmes arguments s'il est invité à se prononcer dans le domaine des services.

En ce qui concerne le domaine particulier des services publics, se pose la question des critères sur lesquels le système de règlement des différends se fondera pour considérer qu'un intérêt est vital ou important. En effet, cette appréciation s'avère délicate, étant donné que sont en jeu des mesures de politique publique. De plus, tous les membres n'ayant pas la même conception du rôle du service public, il est difficile d'affirmer de manière générale que celui-ci constitue une « valeur commune ». Se pose enfin le problème de la légitimité de l'organe d'appel pour juger de la vitalité ou de l'importance de telles mesures. Notons simplement sur ce dernier point que les critiques n'ont pas empêché l'organe d'appel de se prononcer sur des questions aussi cruciales que celles du principe de précaution ou de protection de l'environnement.

Les listes d'engagements spécifiques

L'étendue des obligations pesant sur les membres ne peut être appréciée que par référence à la liste d'engagements de chaque pays (sans oublier la liste d'exemptions du traitement NPF). Les négociations qui se déroulent actuellement portent essentiellement sur le contenu de ces listes.

S'il est vrai que les membres demeurent souverains pour établir ces listes, il est important de garder à l'esprit que l'accord poursuit un objectif unique : celui de l'ouverture croissante de tous les secteurs de services à la concurrence.

Structure des listes d'engagements spécifiques

Les listes d'engagements sont des documents complexes dans lesquels chaque membre identifie les secteurs de services auxquels il appliquera les obligations qui décou-

lent de l'AGCS en matière d'accès au marché et de traitement national, ainsi que les exceptions qu'il entend maintenir. Elles sont établies selon un modèle type destiné à faciliter l'analyse comparative (voir annexe 2, page 57).

Les engagements et limitations doivent être spécifiés par secteur et sous-secteur de services, par mode de fourniture et pour chacune des disciplines conditionnelles de l'AGCS (accès au marché, traitement national et engagements additionnels²⁸). L'imbrication de toutes ces rubriques conduit les observateurs à considérer que l'analyse des listes est particulièrement malaisée, ce qui contribue à renforcer les critiques relatives au caractère opaque des négociations.

Les engagements sont habituellement divisés en deux sections. D'une part, les engagements horizontaux indiquent les limitations applicables à tous les secteurs figurant sur la liste (il s'agit souvent de limitations qui concernent un mode de fourniture particulier, notamment la présence commerciale ou la présence de personnes physiques). D'autre part, les engagements sectoriels s'appliquent uniquement à un secteur ou sous-secteur particulier. Il est donc nécessaire de tenir compte des limitations inscrites au titre des engagements horizontaux pour apprécier correctement les engagements sectoriels.

En ce qui concerne la liste de la Communauté européenne, des engagements horizontaux importants ont été pris dans le domaine des services publics. Cela concerne notamment le mode 3 (présence commerciale) pour lequel il est précisé que les activités considérées comme des services publics, à l'échelle nationale ou locale, peuvent faire l'objet de monopoles ou donner lieu à l'octroi de droits exclusifs au profit de fournisseurs privés. Le document précise que des secteurs tels que les services environnementaux, les services de santé, de transport, certains services de recherche et de développement sont considérés comme faisant partie des activités visées.

Parallèlement, la France, l'Italie et le Portugal se réservent le droit de contrôler et de limiter les participations étrangères dans des entreprises publiques récemment privatisées (cela peut concerner par exemple le secteur des transports, des télécommunications, de l'énergie ou de la défense).

L'AGCS fonctionne sur le modèle de la liste d'engagements positifs, qui énumère les services effectivement ouverts à la concurrence, par opposition à la liste d'engagements négatifs, qui recense uniquement les services que le pays protège de la concurrence (les secteurs ne figurant pas sur la liste

sont considérés comme libéralisés). La logique est inversée en ce qui concerne les restrictions appliquées dans chaque secteur ouvert : le secteur est présumé totalement ouvert sous réserve des limitations inscrites dans chaque liste.

Le principe de la liste positive préserve la liberté de négociation des membres. Dans un domaine aussi vaste que celui des services, il paraît parfois difficile de prévoir en détail l'ensemble des secteurs et sous-secteurs d'activité qu'un pays souhaite protéger : le fait d'avoir choisi l'approche par liste positive contribue au principe de sécurité juridique en permettant aux Etats de maîtriser le processus de libéralisation.

Cette démarche a suscité un certain nombre de critiques : elle n'incite pas les Etats à libéraliser plus largement ; elle freine également l'ouverture à la concurrence de nouveaux services résultant des progrès technologiques qui, par définition, ne sont pas inscrits sur les listes d'engagements spécifiques.

La classification des services utilisée pour établir les listes (communément appelée classification W/120)²⁹ est fondée sur le système de classification centrale des produits (CPC) des Nations unies. Cette classification comprend douze secteurs (dont les services de communication, d'éducation, les services concernant l'environnement, les services de santé et services sociaux, les services récréatifs, culturels et sportifs, les services de transport) et quelques cent soixante sous-secteurs (voir annexe 3, page 59).

Une révision de cette classification est à l'étude. En effet, la situation actuelle pose des problèmes techniques, tout particulièrement dans le domaine des services en réseau. Les travaux concernant le secteur de l'énergie et les services relatifs à l'environnement en constituent deux bonnes illustrations.

La classification W/120 ne comptabilise pas dans une catégorie unique les services relatifs à l'énergie ; ceux-ci sont dispersés et inscrits sous divers secteurs. Ainsi, les services annexes aux industries extractives et à la distribution d'énergie figurent sous la rubrique « Autres services aux entreprises », la vente en gros et la vente au détail de produits du secteur énergétique sont placées dans la catégorie « Distribution » et le transport de pétrole et de gaz naturel est situé dans le secteur « Transports ». Cette situation n'est pas satisfaisante ; elle met en danger l'efficacité des négociations, car des engagements pris dans un sous-secteur particulier seront subordonnés à la prise d'engagements parallèles dans d'autres sous-secteurs afin qu'ils deviennent

effectifs. De même, cela affecte négativement la sécurité juridique des Etats et des entreprises qui ne peuvent pas évaluer avec certitude l'étendue des concessions accordées ou des limitations imposées. L'élaboration d'un classement adéquat des services relatifs à l'énergie est en cours³⁰.

Des travaux approfondis sont également conduits dans le domaine des services environnementaux. La Commission européenne a présenté une proposition qui vise à regrouper les services pertinents en fonction du milieu environnemental (air, eau, déchets solides et dangereux, etc.)³¹. Cette classification révisée est censée mieux refléter les réalités commerciales et sectorielles. Ainsi, la proposition européenne prévoit la création d'un secteur 6A intitulé « Eau destinée à la consommation humaine et gestion des eaux usées », qui regroupe les services de captage, de purification et de distribution d'eau par canalisations, à l'exception de la vapeur et de l'eau chaude. Cette proposition rencontre cependant des oppositions, notamment sur la question de la distribution de l'eau.

Plus généralement, la Communauté européenne et les Etats-Unis ont présenté des propositions afin de modifier les méthodes de négociation. Considérant que la prise d'engagements partiels ne permet pas d'aboutir à une réelle libéralisation, ils suggèrent que les discussions se déroulent sur la base de secteurs liés, de disciplines horizontales ou de formules générales. Le but de ces différentes modalités est d'appréhender chaque secteur de services dans son ensemble afin d'accélérer l'ouverture des marchés. Les membres s'engageraient ainsi à fixer des seuils minimaux de libéralisation ou à libéraliser toutes les activités et modes de fourniture pertinents d'un secteur donné. Cette approche fonctionne comme un accélérateur de la libéralisation ; elle a le mérite de donner aux engagements toute leur cohérence, mais elle réduit parallèlement le pouvoir de négociation des membres.

Les PED ont exprimé leurs doutes sur ces propositions, ces méthodes étant peu compatibles avec le principe de liberté en matière de prise d'engagements. En effet, elles risquent de conduire les membres à libéraliser en bloc, sans pouvoir moduler l'étendue de leurs concessions.

Le fonctionnement des listes permet de tirer les conclusions suivantes. Chaque membre de l'OMC peut décider des conditions sous lesquelles un service sera fourni par un opérateur étranger. Ces conditions peuvent être différentes de celles imposées aux opérateurs nationaux.

Un membre peut imposer des restrictions horizontales qui s'appliqueront à tous les secteurs dans lesquels il a décidé de prendre des engagements. Ainsi, la France se réserve le droit de limiter les participations étrangères aux sociétés privatisées.

Un membre qui prend des engagements dans un secteur peut en limiter l'étendue en excluant un certain nombre de sous-secteurs. Par exemple, un Etat qui décide de prendre des engagements dans le secteur des services de communication pourra exclure le sous-secteur des services postaux.

Un membre qui prend un engagement dans un secteur donné peut en moduler l'accès en fonction des modes de fourniture. L'Etat qui décide de prendre des engagements dans le secteur des services d'enseignement supérieur pourra par exemple décider d'exclure les modes 3 (présence commerciale) et 4 (présence de personnes physiques).

Dynamique de l'AGCS

Dans le domaine des services, l'Uruguay Round ne représente que la première étape d'un processus à long terme de réglementation multilatérale des échanges. Pour certains observateurs, si les négociations ont permis d'établir la structure de base de l'accord, les conséquences du point de vue de la libéralisation ont été relativement modestes. A quelques exceptions près dans le secteur des télécommunications et des services financiers, la plupart des listes se sont limitées à confirmer le statu quo, procédant à la consolidation de la situation antérieure. Ce phénomène s'explique en partie par la nouveauté que représente l'accord et par le besoin ressenti par les membres d'acquiescer de l'expérience avant d'élargir et d'approfondir leurs engagements. De nombreuses administrations avaient également besoin de temps pour adapter leur législation au nouvel environnement international. Ainsi, la marge de consolidation est encore importante pour les PED, alors que la liste de la Communauté européenne ne fait que refléter l'état de libéralisation du marché intérieur.

Jusqu'à présent, l'accent a été mis sur la flexibilité de l'accord. Celle-ci doit cependant être relativisée. L'accord laisse aux membres la liberté d'aménager leurs engagements. Cependant, ces engagements devront être pris et être progressivement étendus. L'objectif de l'AGCS est clair : il s'agit de libéraliser progressivement le commerce des services.

L'article XIX-1 illustre l'esprit de l'accord : les membres engageront des séries de négociations successives qui auront pour but d'ac-

croître progressivement la libéralisation. Ces négociations viseront à réduire ou à éliminer les effets défavorables de certaines mesures sur le commerce des services, de façon à assurer un accès effectif aux marchés. L'article XIX-2 précise que le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des membres, notamment celui des PED.

L'article XIX-4 indique aussi que : « Le processus de libéralisation progressive sera poursuivi à chacune de ces séries de négociations, par voie de négociations bilatérales, plurilatérales ou multilatérales destinées à accroître le niveau général des engagements spécifiques contractés par les membres au titre du présent accord ». Les membres sont donc incités à accroître le nombre de secteurs qu'ils ouvrent à la concurrence, tout en diminuant les restrictions qu'ils inscrivent dans leurs listes d'engagements. La dynamique de l'accord est donc bien celle d'une libéralisation croissante, couvrant des secteurs de plus en plus vastes.

Cette dynamique est amplifiée par les conditions qui entourent tout retrait d'un engagement spécifique. L'article XXI donne la possibilité aux membres de retirer ou de modifier un engagement de leur liste. Cependant, compte tenu des conditions restrictives qui encadrent une telle éventualité, un retour en arrière paraît improbable. En effet, le retrait ou la modification ne pourra avoir lieu que trois ans après l'entrée en vigueur de l'engagement concerné. De plus, le membre ayant recours à une telle mesure devra accorder au préalable une compensation à ses partenaires, en contrepartie de la perte d'avantages que ces derniers auront subie. Cette compensation devra être accordée sur la base du principe de la nation la plus favorisée, donc à l'égard de tous les pays affectés par la mesure.

Ainsi, la procédure de retrait ou de modification s'avère longue et extrêmement coûteuse. Cela relativise la flexibilité qui caractérise l'élaboration des listes d'engagements. Les Etats sont libres d'ouvrir un secteur à la concurrence ; cependant, s'ils procèdent à ce choix, les modifications qu'ils apporteront à leurs listes ne pourront aller que dans le sens d'une plus grande ouverture.

Ces deux aspects de l'AGCS – élévation progressive des engagements et encadrement strict de tout retrait ou modification – permettent d'affirmer que l'accord produit un « effet cliquet » ou « boule de neige ». Combinés à la clause NPF, ils aboutissent à une extension des concessions au profit de tous les membres ainsi qu'à une consolidation quasi automatique.

L'AGCS et les services publics

Comme cela a été brièvement indiqué dans la partie précédente, l'impact de l'AGCS sur les services publics reste flou. Le régime des services publics dépend en grande partie de l'interprétation qui sera donnée à la formule « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », elle-même liée à la définition précise des expressions « base commerciale » et « en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs ». Or, actuellement, ces définitions sont absentes de l'accord.

Dans ce contexte, il est nécessaire de se livrer à une analyse détaillée des alinéas b) et c) du premier article de l'AGCS. Il est aujourd'hui impossible de tirer une conclusion définitive ; il s'agit plutôt de voir quels sont les arguments susceptibles d'aboutir à une interprétation plus ou moins restrictive de l'étendue du champ d'application de l'accord.

Les dispositions I-3-b et I-3-c

L'article I-3-b de l'AGCS énonce que « les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ».

L'article I-3-c précise que « un "service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ».

Ces dispositions peuvent apparaître relativement claires, surtout lorsqu'elles sont lues à

la lumière des commentaires du secrétariat de l'OMC qui minimisent l'impact des règles de l'accord sur le fonctionnement et la gestion des services publics. Pourtant, il apparaît vite que la situation est autrement plus complexe. L'étude des documents de l'OMC (débat du Conseil du commerce des services, études sectorielles, déclarations officielles) permet de constater que les membres sont parfaitement conscients de l'ambiguïté de cette disposition.

Dans ce contexte, il est utile de recourir aux méthodes d'interprétation élaborées par l'organe d'appel permanent de l'OMC afin de voir sur la base de quels éléments celui-ci pourrait être amené à se prononcer.

L'obscurité de la notion de service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental

Les annexes de l'AGCS désignent un certain nombre de services qui ne se voient pas appliquer les règles de l'accord : il s'agit des droits de trafic aérien ou des services directement liés à l'exercice de ces droits (article I-2 de l'annexe sur les services de transport aérien), des activités menées par une banque centrale, une autorité monétaire ou toute entité publique dans l'application de la politique monétaire ou de la politique de taux de change (article I-b-i de l'annexe sur les services financiers) et des activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale institué par la loi, sauf si l'Etat admet que cette activité est menée par des fournisseurs de services en concurrence avec une entité publique (article I-b-ii de l'annexe sur les services financiers).

Mis à part ces exceptions et le noyau dur des services régaliens (diplomatie, impôts, monnaie et défense nationale), tous les autres services publics sont potentiellement soumis à l'application de l'AGCS.

Le discours officiel du secrétariat de l'OMC met en avant le fait que les services publics qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ne sont pas concernés par l'accord. Cependant, il est difficile de citer des activités remplissant ces définitions, en dehors des services régaliens de l'Etat. Le secrétariat reconnaît d'ailleurs que des secteurs tels que l'éducation ou la santé sont caractérisés par une coexistence du secteur public et du secteur privé.

La seconde étape de ce raisonnement consiste à mettre l'accent sur la grande marge de manœuvre dont disposent les Etats pour aménager leurs engagements. Toutefois, cela ne signifie pas que les services publics qui sont fournis dans un environnement concurrentiel échappent à toutes les disciplines de l'AGCS. En effet, les obligations générales (traitement de la nation la plus favorisée, éventuellement assorti de dérogations, transparence et réglementation intérieure) demeurent applicables aux douze secteurs d'activité énumérés dans la liste W/120, que les Etats aient pris des engagements de libéralisation ou non. Même si les membres peuvent encadrer les disciplines les plus contraignantes (accès au marché, traitement national), la gestion et la régulation des services publics devront répondre à un certain nombre de contraintes de base. Par ailleurs, le fait de considérer que certains services publics entrent finalement dans le champ d'application de l'accord signifie qu'ils seront désormais inscrits dans le processus de libéralisation progressive prévu par l'article XIX.

L'adoption des lignes directrices pour les négociations sur le commerce des services

L'adoption, par le Conseil du commerce des services, du document « Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services »³² a été saluée comme un événement positif permettant de préciser le cadre dans lequel les négociations doivent se dérouler. La déclaration ministérielle de Doha se réfère à ce document en confirmant « les lignes directrices et procédures pour les négociations (...) comme étant la base sur laquelle poursuivre les négociations, en vue d'atteindre les objectifs de l'Accord général sur le commerce des services »³³.

Or, ce document est problématique à l'égard de la question particulière du champ d'application de l'AGCS. En effet, déterminant la portée de l'accord, le cinquième point des lignes directrices indique simplement que « aucun secteur de service ni mode de fourniture ne sera exclu *a priori* ». Aucune référence n'est donc faite à l'exclusion des services fournis dans le cadre de l'exercice du pouvoir gouvernemental. Cette omission est étonnante ; elle étend considérablement le domaine d'application de l'accord et laisse entendre que plus aucun type de service ne pourra être soustrait au processus de libéralisation progressive.

L'approche énoncée dans les lignes directrices est entérinée par certains membres, comme en témoigne la session extraordinaire du Conseil du commerce des services des 3 et 6 mars 2003 : « [...] Certains ont rappelé qu'aucun secteur de services ni mode de fourniture ne serait *a priori* exclu des négociations » (document TN/S/7).

Ces éléments sont en contradiction avec la lettre de l'article I-3 b) et c). Ils militent en faveur d'une interprétation restrictive de la notion de service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

Les doutes exprimés dans les débats et les études de l'OMC

La brochure de l'OMC intitulée « AGCS – Faits et fictions », destinée à répondre aux critiques virulentes des organisations non gouvernementales, rappelle que « jusqu'à présent, les membres n'ont pas exprimé le besoin d'adopter une interprétation faisant autorité du critère énoncé à l'article 1-3-c. Il est évident qu'ils pourraient le faire à tout moment s'ils le jugeaient souhaitable ou opportun »³⁴. Ce point de vue ne correspond pas totalement à la réalité : un certain nombre de débats du Conseil du commerce des services et d'études sectorielles menées par le secrétariat de l'OMC témoignent du fait que de sérieux doutes existent parmi les négociateurs quant à la portée de l'article en cause.

Voici quelques exemples tirés des débats du Conseil du commerce des services.

A l'occasion d'une séance abordant le secteur de la santé et des services sociaux, les membres, tout en notant le rôle considérable qui revient à l'Etat en tant que prestataire direct et autorité de réglementation, soulignaient le fait que le secteur tout entier ne devait pas être exclu du champ d'application de l'AGCS. Il était explicitement affirmé que « les exceptions prévues à l'article I:3 de

l'accord devaient être interprétées de façon stricte » (document S/C/M/30 du 12 novembre 1998).

Dans le même domaine, le représentant de la Suisse affirmait « qu'il importait de déterminer dans quelle mesure certains secteurs, par exemple les services de santé, étaient fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (document S/WPGR/M/28 du 7 juillet 2000).

Lors d'un débat relatif à la question des marchés publics, les doutes de la Communauté européenne sont exprimés sans ambiguïté : « L'exclusion du champ d'application de l'AGCS des "services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" amenait à se demander si la définition de ces services que donnait l'accord était suffisamment claire » (document S/WPGR/M/18).

Une communication de la Communauté européenne, adressée au Comité des accords commerciaux régionaux, mérite quelques réflexions supplémentaires (WT/REG50/2, WT/REG/51/02, WT/REG/52/02). La Communauté européenne était invitée à préciser le rapport existant entre la notion « d'exercice du pouvoir gouvernemental » et les activités d'entités visées par l'article 45 du Traité instituant la CE.

L'article 45 du Traité d'Amsterdam prévoit que « sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre [sur le 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 ». La communication trace un parallèle entre les deux dispositions, considérant que l'article 45 du Traité CE constitue l'équivalent de l'article I-3-b de l'AGCS.

La liberté d'établissement est le droit reconnu aux ressortissants (personnes physiques ou morales) des Etats de la Communauté européenne d'accéder aux activités non salariées sur le territoire des autres Etats membres ainsi que celui d'accéder à la constitution et à la gestion des entreprises.

L'article 45 du Traité CE est interprété de manière restrictive par la Cour de justice des Communautés européennes. Cette dernière ne reconnaît la participation à l'exercice de l'autorité publique que si l'activité en cause met en œuvre des prérogatives exorbitantes de droit commun, des privilèges de puissance publique, des pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens. De même, un secteur économique ne saurait être exclu globalement (notamment santé, recherche, transports, poste, eau, gaz, électricité).

De fait, le document de la Communauté européenne souligne qu'il « n'existe dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice aucun exemple où la Cour ait jugé qu'une activité relevait du champ d'application de l'article 45³⁵ ». Parmi les exemples cités nous retrouvons les activités des entreprises privées de sécurité et le personnel privé de sécurité en Espagne (CJCE, 29 octobre 1998, Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne, affaire C-114/97), la concession de systèmes d'informatisation de la loterie italienne (CJCE, 26 avril 1994, Commission des Communautés européennes c. République italienne, affaire C-272/91) ou encore la création d'écoles privées en Grèce (Ordonnance de la CJCE, 15 mars 1988, Commission des Communautés européennes c. République hellénique, affaire 147/86).

Cette prise de position est manifestement restrictive. Elle confirme que des activités ayant trait à des services régaliens (sécurité) sont susceptibles d'être traitées comme des activités commerciales ordinaires. Cependant, cette jurisprudence ne doit pas être surestimée. En effet, le droit communautaire traite la question des missions de service public essentiellement sous l'angle de l'article 86.2 du Traité CE (non-application des règles de concurrence aux entreprises chargées de services d'intérêt économique général). Même si l'exercice de prérogatives de puissance publique est une caractéristique importante pour considérer qu'une entité assume des activités de service public, la jurisprudence de la CJCE à propos de l'article 86.2 se présente à l'heure actuelle comme relativement ouverte aux préoccupations de service public. Toutefois, la relation entre ces deux approches de la CJCE reste à préciser.

Certaines études sectorielles du secrétariat général de l'OMC témoignent aussi du manque de clarté de l'article I-3 alinéas b) et c).

Après avoir rappelé que le secteur public demeure très présent dans le domaine des activités environnementales et indiqué que la marge de libéralisation et d'amélioration des engagements spécifiques nationaux est considérable, l'étude du secrétariat sur les services environnementaux fait état des incertitudes qui planent sur la portée de l'accord. La question est de savoir dans quelles conditions les fonctions de service public sont régies par les disciplines de l'accord. L'étude attire également l'attention sur le manque de clarté de la notion de service fourni sur une base commerciale³⁶.

L'étude concernant le domaine des services de santé et des services sociaux pose la question de la coexistence du secteur public et du secteur privé, ainsi que celle de leur rapport concurrentiel. Affirmant qu'il serait irréaliste de considérer que les hôpitaux publics ne sont pas en concurrence avec les établissements privés, le document n'hésite pas à considérer qu'ils offrent leurs services sur une base commerciale³⁷.

Les développements précédents soulignent le fait que le contenu précis de l'article I-3 b) et c) reste à déterminer. A l'heure actuelle, aucune initiative n'a été prise afin de clarifier le contenu de cette disposition.

Éléments tirés des règles d'interprétation du droit international public

Même si le système de règlement des différends n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question du régime des services publics au sein de l'AGCS, les règles du droit international public et les principes dégagés sur cette base par l'organe d'appel permanent de l'OMC fournissent une méthode d'interprétation qui peut s'avérer utile afin d'évaluer la portée de l'article I-3.

En vertu de l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, l'organe d'appel a pour instruction de clarifier les obligations découlant des accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, afin d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.

L'organe d'appel fonde sa démarche sur les deux principes directeurs qui se dégagent de ce mandat³⁸ : en se référant de manière scrupuleuse à la Convention de Vienne sur le droit des traités, il clarifie les dispositions litigieuses qui lui sont présentées, contribuant ainsi à la sécurité et à la prévisibilité des accords ; dans cet exercice, il s'attache à respecter l'acquis négocié afin de ne pas accroître ou diminuer les droits et obligations découlant des accords de l'OMC.

Avant de voir les conclusions qu'il est possible de tirer de ces principes, il est important de préciser quelques points sur la portée des interprétations et des décisions du système de règlement des différends.

L'article IX-2 de l'accord sur l'OMC confie le pouvoir d'interprétation authentique exclusivement à la Conférence ministérielle et au Conseil général. La question qui se pose à cet égard est de savoir quelle est la valeur juridique des rapports adoptés dans le

cadre de l'organe de règlement des différends (ORD). Le mode d'adoption de ces rapports (adoption par l'ensemble des membres de l'OMC sauf consensus négatif, c'est-à-dire accord de tous les membres pour le rejeter) pourrait laisser entendre que les membres reprennent à leur compte les conclusions et interprétations qui y figurent. L'affaire des boissons alcooliques (4 octobre 1996, WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11, Taxes sur les boissons alcooliques) a posé le principe selon lequel les rapports n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement des différends entre les parties. En revanche, ils suscitent chez les membres de l'OMC des attentes légitimes et doivent être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec le règlement d'un autre différend. L'ORD ne pourrait donc pas donner une interprétation de l'article I-3 faisant autorité. Cependant, ses conclusions seront obligatoires pour les parties participant à un éventuel litige concernant les services publics.

Précisons par ailleurs que l'utilisation des méthodes d'interprétation identifiées par l'organe d'appel, tout en donnant un certain nombre d'indications, ne rend pas l'interprétation absolument prévisible.

Les principes de la Convention de Vienne

En matière d'interprétation, l'organe d'appel organise sa réflexion autour des articles 31 (règle générale d'interprétation) et 32 (moyens complémentaires d'interprétation) de la Convention de Vienne.

L'article 31.1 dispose qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer au terme du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'article 32 fait appel à des moyens complémentaires, notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ou de déterminer le sens lorsque l'interprétation en découlant demeure obscure ou ambiguë.

Le sens ordinaire des mots

Il apparaît difficile de déterminer de manière abstraite le sens ordinaire des expressions « base commerciale » et « fourni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs », notamment dans le domaine des activités de service public. L'interprétation devra probablement se faire au cas par cas.

La notion de base commerciale est liée à l'existence d'un prix fourni en contrepartie du service rendu. Mais de quel prix s'agit-il ?

De nombreux organismes chargés de missions de service public exigent un paiement afin d'amortir une partie de leurs coûts, ce qui leur permet de poursuivre leur activité et de continuer à assurer le service. Il semble que l'élément déterminant est celui des considérations régissant la fixation du prix. Si le prix est fixé en fonction des conditions du marché, sur la base du jeu de l'offre et de la demande, uniquement en vue d'un profit, alors l'activité sera considérée comme rendue sur une base commerciale. Au contraire, l'hypothèse dans laquelle le service est rendu indépendamment de considérations de rentabilité semble exclure une telle qualification.

Pourtant, la frontière est parfois difficile à percevoir. A partir de quel niveau les droits de scolarité ou les droits d'inscription universitaire conduisent-ils à retenir la qualification de service rendu sur une base commerciale ? La situation devra probablement être analysée au cas par cas, en fonction des particularités de l'activité, des coûts inhérents à cette activité et des buts recherchés. Comme nous le verrons par la suite, la jurisprudence communautaire se réfère essentiellement au critère de solidarité sociale, considérant que le caractère non lucratif d'une activité ou sa gratuité ne sont pas des éléments suffisants pour juger de son caractère économique.

Parallèlement, se pose la question des contributions versées par les collectivités locales aux entreprises chargées de gérer des services publics. Lorsque ces entreprises sont rémunérées par cette voie, sans taxer les consommateurs, faut-il en déduire que le service est fourni sur une base commerciale ? Deux approches sont envisageables : traiter ces activités comme faisant partie d'un marché public, ce qui devrait exclure l'application des règles de l'AGCS, conformément à l'article XIII (voir page 39) ou traiter la contrepartie versée par la collectivité comme un paiement, ce qui conduirait à retenir l'existence d'une base commerciale.

La notion d'activité concurrente pose également de nombreux problèmes. Les activités des hôpitaux publics sont-elles en concurrence avec celles des hôpitaux privés ? Les établissements scolaires publics concurrencent-ils les écoles privées ? Une université organisant des cours d'informatique ou de langue doit-elle être considérée comme privant les instituts privés de clients potentiels ? Il est important de mesurer si les entités assumant des services publics exercent leurs activités sur le même marché que les opérateurs privés. Même si tel est le cas, cela n'entraîne pas automatiquement un rapport de concurrence, les activités des

deux secteurs pouvant être complémentaires ou indépendantes l'une de l'autre.

Afin de répondre à ces problématiques, il est nécessaire de définir les critères permettant d'établir l'existence d'un lien de concurrence tels que ceux du marché, de la similarité ou du caractère substituable des services.

Pour exister, le rapport de concurrence nécessite la définition d'un marché. Pour être en concurrence, les fournisseurs doivent agir sur un même marché, défini de manière rigoureuse aussi bien sur le plan géographique que sur le plan matériel. L'AGCS ne fournit pas d'indications à ce sujet.

Se pose également la question de la similarité des services en cause. L'article I-3 ne se réfère pas à cette notion, alors qu'elle est utilisée dans d'autres dispositions de l'AGCS (par exemple dans l'article II-1 sur le traitement de la nation la plus favorisée). L'organe d'appel a déjà eu l'occasion de souligner que le silence du texte ne peut être attribué à une simple inadvertance (5 février 1997, Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, WT/DS24). Cette omission serait donc délibérée. Or, cette notion apparaît comme nécessaire pour examiner le rapport de concurrence.

La similarité constitue une notion clé dans plusieurs accords relevant de l'OMC, notamment celui du GATT. L'organe d'appel a procédé à une véritable exégèse de la notion dans le cadre de l'article III du GATT (traitement national en matière d'imposition et de réglementation intérieure). La notion a été précisée au fil des rapports (notamment l'affaire des boissons alcooliques précitée et l'affaire de l'amiante, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R).

Même s'il n'est pas possible de raisonner par analogie, le secteur des services ne pouvant être comparé à celui des marchandises, certains principes dégagés par l'organe d'appel pourraient s'avérer utiles dans le cadre de l'évaluation du critère de similarité. Retenons simplement que l'organe d'appel insiste sur le fait que le concept doit être déterminé au cas par cas ; qu'il s'écarte du sens ordinaire du mot, considérant qu'il n'a pas le même sens en fonction des accords examinés ; que la détermination du concept est liée à un faisceau d'indices ayant trait à la qualité et aux caractéristiques physiques du produit en cause, à la comparaison de l'utilisation finale des produits ou encore aux goûts et aux habitudes des consommateurs. Il n'est pas certain que ces éléments seront pertinents en matière de service public.

Il ressort de ces développements que le recours au sens ordinaire des mots ne fait que confirmer les incertitudes au sujet de l'article I-3.

L'objet et le but du traité

L'objectif fondamental de l'AGCS est la libéralisation du commerce international des services. La situation particulière des pays en développement, notamment celle des pays les moins avancés, est prise en compte. De même, les membres gardent le droit de réglementer les secteurs de services couverts par l'AGCS afin de poursuivre des objectifs de politique nationale. Cependant, leur action doit être subordonnée au respect des règles posées par l'accord.

La dynamique et l'organisation de l'accord indiquent clairement que les préoccupations de mise en concurrence et d'ouverture des marchés sont prédominantes et conditionnent les prérogatives dont disposent les Etats. Cette orientation est confirmée par l'article XIX qui prévoit une élévation progressive des engagements. Parallèlement, le fonctionnement des listes d'engagements spécifiques renforce cette présomption, étant donné que les membres ne peuvent retirer les concessions accordées qu'en présence de circonstances exceptionnelles.

Ces arguments incitent à retenir une interprétation restrictive de l'article I-3 de l'AGCS. Cet article est analysé comme une exception permettant aux membres de préserver une part d'autonomie dans des secteurs mettant en cause leur souveraineté et leur organisation sociale. En tant qu'exception, cet article devrait être interprété strictement.

Néanmoins, la pratique décisionnelle de l'organe d'appel permet d'émettre une hypothèse différente. En effet, l'organe écarte le principe d'interprétation stricte des exceptions : « Le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'exception ne justifie pas en soi une interprétation plus "stricte" ou "plus étroite" de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier » (affaire des hormones, 16 janvier 1998, Mesures concernant les viandes et les produits carnés, WT/DS26, WT/DS48).

L'interprétation restrictive de l'article I-3 ne s'impose donc pas d'elle-même, les dispositions de l'accord étant ainsi mises en quelque sorte sur un pied d'égalité. Afin de garantir sa légitimité et d'esquiver les cri-

tiques qui font de lui un instrument privilégiant systématiquement les intérêts commerciaux sur toute autre considération (ce qui ne se vérifie pas toujours comme en témoigne l'affaire de l'amiante), l'organe d'appel préfère placer son raisonnement sur le plan juridique, évitant le recours à des arguments économiques qui probablement conduiraient à retenir une option restrictive en matière de service public. Il reste vrai cependant que son appréciation des exceptions générales se rapproche sensiblement d'une interprétation stricte.

Les travaux préparatoires³⁹

Les travaux préparatoires de l'AGCS comprennent les documents officiels du groupe de négociation sur les services de l'Uruguay Round (GNS), ainsi que les projets d'accord, tels que le projet final de 1991 ou encore le projet Dunkel.

Devant l'immensité de la tâche qui attendait les négociateurs dans le domaine des services, la question de l'article I-3 a peu occupé les débats, du moins ceux qui ont été rendus publics. Des sujets plus vastes ont marqué l'Uruguay Round, parmi lesquels l'application inconditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée, les questions particulières soulevées par le secteur financier, l'audiovisuel et les services maritimes, la place réservée aux pays en développement, la question du mouvement temporaire des personnes physiques, etc.

Si la définition de la portée et du champ d'application de l'AGCS fait partie des sujets retenus dès le début des négociations, le point spécifique de l'article I-3 est peu évoqué. Il faut en effet se replacer dans le contexte des négociations et se rappeler qu'à ce moment-là les discussions évoluaient péniblement, la structure générale de l'accord étant elle-même incertaine. Ainsi, le projet d'accord présenté par le président du GNS, Felipe Jaramillo, le 23 juillet 1990, était accompagné de commentaires identifiant les points controversés : la portée de l'accord, la clause NPF, le traitement différencié pour les pays en développement, le principe de la libéralisation progressive, la négociation des engagements spécifiques ; les éléments recouvraient pratiquement la totalité des dispositions de l'accord.

Dans le projet présenté à la conférence ministérielle de Bruxelles de décembre 1990, les services sont définis comme « tout service dans tout secteur [excepté les services fournis dans le cadre de fonctions gouvernementales] ».

Un certain nombre de membres ont exprimé leur volonté de voir cette expression définie de manière plus précise lors de la première réunion du groupe consacrée aux clarifications de terminologie. Pourtant, seule l'Autriche a soulevé cette question lors de la réunion du groupe en octobre 1991, considérant que la formule « fonctions publiques » était plus appropriée que celle de « fonctions gouvernementales ». A l'issue de cette réunion, le secrétariat du GATT annonçait que l'AGCS couvrirait tous les secteurs avec une exception éventuelle, non confirmée, celle des fonctions gouvernementales.

Le projet Dunkel de décembre 1991 n'apporte pas de modifications au texte présenté à Bruxelles en décembre 1990, éliminant simplement les crochets entourant l'expression « fonctions gouvernementales ».

A partir de ce moment, les débats rendus publics ne traitent plus de cette question. A noter cependant que, lors de la dernière semaine des négociations de l'Uruguay Round, le président du GNS publiait une déclaration invitant les membres à ne pas porter les questions concernant l'étendue du champ d'application de l'accord devant l'organe de règlement des différends mais de trouver plutôt une solution par le biais de discussions bilatérales.

Il apparaît donc que l'étude de ces travaux ne permet pas d'éclaircir la portée de l'article I-3 alinéas b) et c). Elle confirme en revanche la persistance des doutes parmi les négociateurs.

Le respect de l'équilibre des négociations

Conscient du fait qu'un accord est le résultat de compromis et de concessions mutuelles, l'organe d'appel de l'OMC se veut neutre dans son appréciation des dispositions ambiguës, afin de ne pas bouleverser l'équilibre auquel sont parvenus les négociateurs.

En premier lieu, cela conduit l'ORD à rejeter les attentes légitimes particulières de chacun des Etats. Examinant les listes de concessions tarifaires dans le cadre du GATT, l'organe retient que cet accord ne doit pas être interprété en fonction des attentes d'une seule des parties, mais en fonction de l'intention commune des parties. Adopter une attitude différente reviendrait à privilégier une interprétation subjective, sujette à des variations dépendant des vues de chaque membre, ce qui est contraire aux principes de prévisibilité et de sécurité des concessions tarifaires (5 juin 1998, Classification dou-

nière de certains équipements informatiques, WT/DS62, WT/DS67, WT/DS68).

Un tel raisonnement constitue un indice important en ce qui concerne l'interprétation des listes d'engagements spécifiques et par conséquent l'étendue du champ d'application de l'AGCS. Les considérations liées à la protection des services publics seront probablement interprétées non seulement en fonction des intérêts des membres cherchant à les préserver, mais également en fonction de l'objectif général de libéralisation qui représente le principal objectif de l'accord.

Ce souci du respect de l'acquis négocié explique également la position de l'organe d'appel qui ne considère pas que les exceptions doivent être automatiquement interprétées de manière restrictive. Cette approche est susceptible d'avoir des implications particulièrement importantes en matière de service public. « L'idée d'équilibre se traduit [...] dans le fait que ni un membre en particulier, ni les membres en général ne doi(ven)t se voir imposer plus que ce qu'il(s) a(ont) accepté ; ce qui rejoint d'une certaine manière le principe d'interprétation stricte des limitations de souveraineté »⁴⁰. Ainsi, dans l'affaire des brevets pharmaceutiques (19 décembre 1997, WT/DS50), l'organe d'appel affirme qu'un membre ne doit pas se voir imposer plus d'obligations qu'il n'en a souscrit. Il s'agit en quelque sorte de l'application de la règle *in dubio mitius* utilisée dans l'affaire des hormones selon laquelle « si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale ».

Ce principe de respect de la souveraineté est à double tranchant : si un Etat ne peut pas être obligé de respecter des engagements plus lourds que ceux qu'il a souscrits, il ne peut pas non plus se fonder sur ses propres attentes légitimes pour interpréter dans un sens qui lui est favorable les obligations qu'il a contractées.

Notons à cet égard que l'offre conditionnelle présentée par la Communauté européenne le 29 avril 2003 contient une remarque générale introductive affirmant que les engagements proposés ne peuvent être interprétés comme impliquant une privatisation des entreprises publiques. Parallèlement, les Etats membres de la CE conservent le droit de réglementer les services publics afin d'atteindre leurs objectifs de politique nationale.

Le recours à la notion de service public est original, cette dernière étant peu utilisée par le droit communautaire qui utilise essentiellement les termes de service d'intérêt général ou de service universel. Cette prise de position ne doit pas être négligée. Elle s'apparente cependant à une déclaration d'intentions, plus qu'à une interprétation juridique, puisque cette notion n'a pas de contenu précis dans le système juridique européen.

En conclusion de cette analyse, et en gardant à l'esprit le fait que les principes découlant de la pratique décisionnelle du système de règlement des différends dans le cadre des litiges concernent principalement le commerce des marchandises, il est possible de dégager les éléments suivants.

L'article I-3 demeure obscur quelle que soit la méthode d'interprétation utilisée. Enoncé en termes vagues et ambigus, il gagnera à être précisé soit par le biais d'une interprétation faisant autorité de la part des membres, soit à travers le règlement des différends qui amènera les groupes spéciaux ou l'organe d'appel à éclaircir cette disposition.

L'objectif général de l'accord incite à une interprétation restrictive du point de vue des services publics, privilégiant la libéralisation progressive des échanges inscrite dans l'accord et subordonnant la conduite des politiques intérieures au respect de ce principe.

Le respect de l'équilibre des négociations et de la souveraineté des Etats relativise le point précédent, conduisant à une interprétation plus extensive de l'article I-3, laissant aux membres une marge de manœuvre plus importante.

Éléments de comparaison avec le droit communautaire

Le but de cette section n'est pas de dresser un tableau complet du régime des services publics dans le droit communautaire, mais plutôt de relever quelques éléments pertinents qui permettent de voir comment les instances européennes ont traité des questions analogues à celles qui se posent actuellement à l'OMC.

Suivant la logique communautaire, le service public est une activité d'intérêt général qui devrait s'accomplir dans des conditions concurrentielles. Considérant que le marché fournit habituellement les meilleures solutions et que l'intervention publique est source de distorsions, la Commission européenne et la CJCE vont chercher à détermi-

ner si les activités de service public ne peuvent pas être remplies dans le cadre de régimes permettant aux règles communautaires de la concurrence de s'appliquer pleinement.

L'examen de la jurisprudence de la CJCE montre que les débats se concentrent essentiellement sur la nature économique de l'activité exercée par l'entité chargée d'une mission de service public. La nature juridique de l'organisme qui mène cette activité est indifférente.

L'indifférence du statut juridique de l'entité assumant une mission de service public

L'article 86.1 du traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) prévoit que les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, ne doivent édicter ni maintenir aucune mesure entravant les règles de libre concurrence découlant du traité.

L'article 86.2 précise que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère de monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Ce statut dérogatoire est subordonné au principe de proportionnalité : le développement des échanges ne devra pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

L'article 86 est présenté par la Commission européenne comme une disposition centrale permettant de concilier les objectifs communautaires, à savoir celui de la libre concurrence et de la réalisation du marché intérieur d'une part, et celui de l'accomplissement effectif des missions d'intérêt économique général, d'autre part.

Trois principes sont à la base de l'article 86 : la neutralité, la liberté de définition (pour les Etats) et la proportionnalité.

La neutralité concerne le régime de la propriété, publique ou privée, qui est garantie par l'article 295 du Traité CE⁴¹. Les responsables communautaires soulignent cet élément afin de rappeler que le droit communautaire ne pousse pas à la privatisation des activités ou des entreprises de service public ; il ne se prononce pas sur la forme, publique ou privée, des organes chargés de les accomplir : son objet est de veiller au respect des règles de concurrence.

Tout comme son homologue français, le juge communautaire a rencontré des difficultés pour définir le contenu de la notion d'intérêt général. La tâche est singulière cependant, dans le sens où la définition de la notion d'intérêt général est le terrain d'un conflit de compétences entre les autorités étatiques et les institutions communautaires. Selon l'article 86.2 du traité CE, il revient aux Etats membres de déterminer ce qu'ils considèrent comme étant un service d'intérêt général. Un débat doctrinal a opposé les tenants de la thèse communautaire (l'uniformité du droit communautaire impose une définition commune de l'intérêt général et donc un contrôle étroit des choix nationaux) aux partisans de la thèse nationale qui sera consacrée par la CJCE (23 octobre 1997, C-159/94) et confirmée par la communication de la Commission sur les services d'intérêt général⁴² : les Etats membres définissent ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général (SIEG), sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. La CJCE utilisera cet outil juridique pour contrôler les définitions étatiques des SIEG, rejetant parfois cette qualification (CJCE, 10 décembre 1991, C-179/90 : les opérations portuaires ne revêtent pas un caractère spécifique par rapport à d'autres activités de la vie économique)⁴³.

L'interprétation de l'article 86.2 permet de conclure que les services publics (marchands) sont analysés essentiellement comme des activités économiques exercées par des entreprises. Ces deux notions – activité économique et entreprise – seront à la base de la construction jurisprudentielle de la CJCE en matière de SIEG.

Le traité CE ne définit pas la notion d'entreprise, qui apparaît avant tout comme un concept économique. C'est à l'occasion du renforcement de la politique de libéralisation de la Commission au début des années 1980 que se dégage la véritable définition de la notion d'entreprise⁴⁴. Elle comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höffner, C-41/90 : un office pour l'emploi peut être considéré comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence). Le fait que l'entité ne poursuive pas de but lucratif n'est pas pertinent pour la qualification d'une entreprise. Le seul élément déterminant est la nature de l'activité exercée. Ainsi, dans l'arrêt Pavlov (CJCE, 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98), la Cour a considéré que les services médicaux d'urgence fournis par des organi-

sations sanitaires sans but lucratif remplissaient les conditions pour être qualifiés d'entreprises au sens du droit de la concurrence.

La nature juridique de l'entité est indifférente : si elles exercent une activité économique, les collectivités publiques pourront être considérées comme des entreprises. Le fait qu'une activité ait été érigée en service public n'exclut pas qu'elle soit considérée comme une activité économique.

La position de la Cour et de la Commission se résume en ces termes : l'entité qui se livre à des activités économiques est susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres opérateurs, quel que soit son statut juridique et indépendamment du fait qu'elle recherche ou non la réalisation d'un profit.

La détermination des activités à caractère économique

S'il est aisé de constater l'existence d'activités économiques dans certains cas (par exemple en matière d'activités de réseaux de transports), la situation est plus complexe en présence d'activités « mixtes » telles que l'éducation ou la santé. Se pose également la question des activités non lucratives à fort contenu social qui peuvent se retrouver en concurrence avec des entreprises privées.

Adoptant une interprétation restrictive des activités qu'elle considère comme n'ayant pas un caractère économique, la CJCE établit une « présomption en faveur du caractère économique de toute activité »⁴⁵. La définition jurisprudentielle de la notion d'activité économique est vaste : « Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJCE, 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99). La perception d'une rémunération par l'entité fournissant un service d'intérêt général constitue un indice de la nature économique de l'activité, mais elle n'est pas déterminante : la gratuité d'un service ou le paiement d'un coût inférieur à celui du marché n'exclut pas l'existence d'une activité économique ; inversement, le paiement d'une redevance n'implique pas l'existence d'une activité de nature économique (CJCE, 18 mars 1997, Porto di Genova, C-343/95, l'activité de surveillance antipollution exercée par une entreprise privée relève des fonctions essentielles de l'Etat).

Il n'existe pas à l'heure actuelle de critère général applicable à toutes les activités, permettant de les classer en fonction de leur nature. Dans chaque cas, la Cour essaie de déterminer si l'entité en cause exerce une

activité susceptible d'être celle d'une entreprise recherchant un profit.

Deux catégories de fonction sont exclues des activités de nature économique. Il s'agit d'une part des activités liées à l'exercice de l'autorité publique (CJCE, 19 janvier 1994, Eurocontrol, C-364/92), qui englobent les attributions essentielles de la puissance publique dans des secteurs tels que l'administration générale et fiscale, la justice, la sécurité et la défense nationale. Le critère des prérogatives de puissance publique apparaît alors comme déterminant. Cependant, même dans ce cas, la situation n'est pas fixée de manière définitive, étant donné que les fonctions réservées à l'autorité publique peuvent varier en fonction des choix politiques (gestion privée des prisons, perception d'impôts indirects confiée à des entreprises privées par exemple).

Il s'agit d'autre part, des activités exercées sur la base de critères de solidarité (CJCE, 7 février 1993, Poucet et Pistre, C-159 : l'objectif des organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale obéit au principe de solidarité sociale). La CJCE a employé ce critère de manière restrictive, considérant que ne peuvent être soustraites aux règles de concurrence que les activités qui relèvent « nécessairement » de la compétence des seuls organismes publics (arrêt Höffner précité). Ainsi, seuls les régimes de sécurité sociale fonctionnant sur le principe de la répartition sont considérés comme assumant une fonction de solidarité. Les régimes de pension complémentaire fondés sur le principe de capitalisation sont exclus de cette catégorie, même s'il ne s'agit pas d'une activité à but lucratif, car ils sont en concurrence avec les compagnies d'assurance (CJCE, 21 septembre 1999, Albany, C-67/96).

Les secteurs de l'éducation et de la santé constituent des exemples particulièrement complexes.

Dans le domaine de l'éducation nationale, la Cour et la Commission considèrent que les activités d'enseignement général relèvent des fonctions essentielles de l'Etat et échappent à la qualification d'activité économique. La situation est moins claire en matière d'enseignement supérieur, non obligatoire et pouvant donner lieu à rémunération.

Le secteur de la santé suscite des interrogations similaires à celles qui ont été exposées à propos de l'AGCS. Le rapport concurrentiel entre les hôpitaux ne peut être exclu d'emblée. La Cour a jugé par exemple que les cliniques exercent une activité économique, considérant parallèlement que « l'in-

terruption de grossesse (...) est une activité médicale normalement fournie contre rémunération et susceptible d'être pratiquée dans le cadre d'une profession libérale » (CJCE, 4 octobre 1991, C159/90). Certains services offerts par les cliniques ou les hôpitaux peuvent donc être fournis sur une base commerciale au sens de l'article 1-3 c) de l'AGCS. La frontière entre activités économiques et activités non économiques demeure cependant difficile à tracer.

Le régime dérogatoire accordé aux entreprises exerçant des SIEG

L'article 86.2 du traité CE accorde un régime dérogatoire aux entreprises chargées de SIEG, afin qu'elles puissent accomplir leur mission.

Les arrêts Corbeau (CJCE 19 mai 1993, C-320/91) et Commune d'Almelo (CJCE 27 avril 1994, C-392/92) marquent une étape importante en légitimant le principe de péréquation tarifaire. Les obligations de service public deviennent alors une caractéristique majeure du SIEG. Il est également reconnu que les conditions d'exploitation auxquelles l'entreprise est assujettie ne sont pas celles d'une entreprise ordinaire qui se détermine uniquement en fonction de choix financiers et commerciaux. La nature exorbitante de la mission assumée par l'entreprise est déterminante : ce critère est mesuré par rapport à l'objet de l'activité (l'activité postale et la fourniture d'énergie électrique dans les deux affaires citées précédemment), ainsi qu'en fonction des conditions d'exercice de ces activités (obligation de couverture de l'ensemble du territoire, au profit de tous les usagers, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, indépendamment du degré de rentabilité de chaque opération individuelle).

Cette position est fondée sur la théorie de la « réglementation asymétrique » développée aux Etats-Unis : dans un contexte de démonopolisation, les opérateurs de réseaux publics se trouvent confrontés à la concurrence des entreprises privées, tout en restant assujettis à des obligations de service public. La concurrence se trouve alors faussée, le risque de marché étant artificiellement bas pour les nouveaux entrants et excessivement élevé pour les opérateurs publics.

Trois séries de considérations seront prises en compte afin de permettre à des entreprises de déroger aux règles de la concurrence : la dérogation ne peut bénéficier à des activités étrangères à la mission d'intérêt

général ; il est nécessaire d'assurer l'équilibre financier des entreprises investies d'une mission de service public : l'exemption des règles de concurrence apparaît comme une compensation au profit de ces entreprises qui doivent assumer des obligations auxquelles ne sont pas astreintes leurs concurrentes ; il est impératif d'assurer la continuité de la fourniture d'un service d'intérêt général.

Le critère de nécessité d'une dérogation a initialement reçu une interprétation très restrictive. Selon l'article 86.2 du Traité CE, les entreprises chargées de la gestion de SIEG sont soumises aux règles de concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de leur mission. La Commission en a déduit qu'il ne suffit pas que l'accomplissement de la mission s'en trouve compliqué (Décision *British Telecom* du 10 novembre 1982, JOCE L 360) ; l'entreprise doit se trouver dans l'impossibilité de mener à bien son activité pour bénéficier de la dérogation. Cette position a été assouplie avec l'arrêt *Corbeau* : la dérogation est nécessaire lorsque l'équilibre financier de l'entreprise se trouve menacé du fait des charges assumées.

Les éléments exposés dans cette section permettent donc de tirer les conclusions suivantes. Le droit communautaire ne reconnaît

que très peu d'activités de service public « par nature » ; il retient une conception large de la notion d'activité économique. Une activité à but non lucratif pourra être considérée comme une activité de nature économique. Cette approche pourrait donc conduire à une interprétation restrictive de la notion de service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. A cet égard, la nature juridique de l'entité exerçant une activité économique importe peu. Le fait qu'une activité ait été érigée en service public n'exclut pas qu'elle soit considérée comme une activité économique. Enfin, les missions de service public s'inscrivent dans un environnement concurrentiel. Cependant, le droit communautaire aménage un régime dérogatoire tenant compte des particularités des activités de service public.

Contrairement à l'AGCS, le droit communautaire se réfère à la notion d'intérêt général, tout en l'inscrivant dans un cadre concurrentiel. L'accord n'évoque que la poursuite des objectifs de politique nationale ou encore des principes concernant des questions ponctuelles (protection du consommateur ou respect des règles prudentielles en matière de services financiers), considérant qu'une notion aussi ambiguë et évolutive que celle d'intérêt général ne peut constituer un outil de travail efficace (voir page 45).

Les questions annexes soumises à négociation

Un certain nombre de disciplines liées à la libéralisation des échanges de services ont été renvoyées à des négociations ultérieures. Elles concernent essentiellement les marchés publics, les subventions et, en partie, les réglementations intérieures. Dans les deux premiers cas, il est apparu impossible d'établir des principes généraux communs pour tous les Etats. Cela ne doit pas surprendre, car il s'agit là de sujets techniques et politiquement sensibles, qui n'auraient contribué qu'à ralentir les négociations laborieuses de l'Uruguay Round. L'exemple du GATT enseigne que les négociations sur ces sujets tarderont à produire des résultats concrets ; en effet, ce n'est qu'à partir du Tokyo Round que les membres ont abordés les thèmes dans le cadre du commerce des marchandises.

Tout en énonçant un certain nombre de principes généraux, l'article VI sur la réglementation intérieure prévoit également que le Conseil du commerce des services élaborera des disciplines en matière de qualification, de norme technique et de licence, ce qui pourrait entamer le pouvoir réglementaire des membres. Les monopoles constituant une forme particulière de réglementation, ils seront abordés dans le cadre de cette question.

Ces trois secteurs posent des problèmes particuliers en matière de service public, qu'il s'agisse du régime spécial de la concession de services publics, des aides accordées aux activités d'intérêt général ou encore de l'avenir des monopoles publics.

Disciplines liées aux marchés publics et concessions de services publics

L'OCDE estime le montant des marchés publics passés à tous les niveaux d'administration, sans compter les dépenses liées à la défense nationale, à 2 083 milliards de dollars, soit l'équivalent de 7,1 % du PIB mondial ou de 30 % des exportations mondiales. Les pays membres de l'OCDE représentent 86 % de ces contrats. Ces chiffres permettent de constater que l'achat de produits et de services par les instances gouvernementales pour leur propre usage représente une part importante des dépenses totales des pouvoirs publics et joue donc un rôle notable dans les économies nationales.

Les marchés publics ont été tenus à l'écart du champ d'application des règles commerciales multilatérales de l'OMC, tant en ce qui concerne les marchandises que les services. Cette exclusion constitue une brèche considérable dans le système commercial multilatéral.

Durant les négociations du Tokyo Round, les gouvernements ont entrepris d'appliquer aux marchés publics des règles convenues à l'échelle internationale, ce qui s'est traduit par la signature du premier accord sur les marchés publics qui est entré en vigueur en 1981. Dans le cadre de l'Uruguay Round, les parties à l'accord ont mené des négociations pour étendre sa portée et son champ d'application, ce qui a débouché sur la signature de l'Accord sur les marchés publics (AMP), le 15 avril 1994, à Marrakech (entré en vigueur

le 1^{er} janvier 1996). Cet accord plurilatéral rassemble vingt-neuf membres de l'OMC, parmi lesquels figurent la Communauté européenne, les Etats-Unis, le Japon, le Canada et l'Australie (cinq Etats supplémentaires se sont engagés à adhérer à l'AMP dans leur protocole d'accession). Son objectif est d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques afin d'améliorer l'allocation des ressources financières et de combattre les phénomènes de corruption et de protectionnisme qui se cachent derrière les réglementations nationales.

Parallèlement à l'AMP, les membres se sont mis d'accord sur le principe de négociations distinctes tenues sous l'égide de l'AGCS, ce dernier offrant un cadre plus souple permettant de prendre en compte la spécificité du secteur des services. Les débats actuels au sein du Conseil du commerce des services révèlent deux problèmes essentiels : les travaux ne progressent pratiquement pas, faute d'accord sur les termes mêmes du mandat découlant de l'AGCS ; la question du statut des concessions de services publics demeure sans réponse, les différences de conception étant là encore significatives.

Une troisième initiative a été lancée lors de la Conférence ministérielle de Singapour, en décembre 1996, afin d'établir un accord multilatéral sur la transparence des marchés publics. Les négociations s'engageront après la cinquième Conférence ministérielle de Cancún, sur la base des modalités définies lors de cette réunion. Elles se limiteront aux aspects relatifs à la transparence et ne devraient pas restreindre la possibilité pour les membres d'accorder des préférences aux fournisseurs nationaux.

La prolifération des forums traitant des questions relatives aux marchés publics pose le problème de la multiplication et de la coordination des efforts consacrés à ce sujet. Elle fait peser également des doutes quant à l'issue de ces discussions. Ainsi, les travaux de l'AGCS sur ce point semblent être ralentis dans l'attente de l'élaboration de l'accord sur la transparence.

L'encadrement des procédures de passation des marchés publics est une condition nécessaire pour la libéralisation des échanges, comme en témoigne l'épisode de l'adhésion de la Chine à l'OMC – le protocole d'accession de ce pays contient des engagements importants dans ce domaine (transparence des procédures et respect de la clause NPF).

Les services publics sont particulièrement concernés par les négociations actuelles, notamment les services en réseau, qui néces-

sitent de lourds investissements d'infrastructure. Il en va de même des services liés à l'environnement où l'aspect « bien public » est très influent. Ce secteur étant peu ouvert au privé, les marchés publics de services et de construction représentent la forme principale d'investissement.

Les marchés publics dans l'AMP et l'AGCS

Principales caractéristiques de l'AMP

L'Accord sur les marchés publics (AMP) établit un cadre convenu de droits et d'obligations entre les parties pour ce qui est de leurs lois, règlements, procédures et pratiques nationaux dans le domaine des marchés publics. Les règles de l'accord reposent sur le principe de non-discrimination et du traitement national. Afin que ces principes soient respectés et que l'accès au marché soit rendu effectif pour les produits, les services et les fournisseurs étrangers, le texte accorde une grande importance à la mise en place de procédures de passation transparentes.

L'AMP fonctionne sur un système de listes : dans des annexes, les parties énumèrent les entités du gouvernement central, des gouvernements sous-centraux et d'autres entités telles que les services publics ainsi que les types de service auxquels les règles de l'accord s'appliquent. Il ne s'applique qu'aux contrats pouvant influencer le commerce international : seuls les marchés publics d'un montant supérieur à certains seuils sont concernés.

Un régime spécial est aménagé pour les pays en développement (PED), alors que des exceptions sont prévues pour des raisons non économiques (protection de la sécurité nationale, de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, de la vie ou de la santé des personnes, des animaux ou des végétaux ainsi que de la propriété intellectuelle).

L'accord contient des obligations détaillées en matière de procédure de passation des marchés afin d'assurer une mise en concurrence effective. Cela concerne particulièrement les procédures d'appel d'offres ; le contenu de la documentation relative à l'appel d'offres ; la présentation, la réception et l'ouverture des soumissions ; la procédure d'adjudication ; les obligations relatives aux spécifications techniques.

L'AMP prévoit trois procédures d'appel d'offres. Dans le cadre de la procédure ouverte, tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner. Dans le cadre de la procédure d'appel d'offres sélective, seuls les fournisseurs choisis par l'entité adjudicatrice

sont admis à soumissionner. Des mesures spécifiques encadrent cette procédure afin de prohiber les conditions de qualification discriminatoires. Enfin, dans le cadre de l'appel d'offres limité, l'entité s'adresse au fournisseur potentiel, individuellement. Le recours à cette procédure est étroitement encadré (absence de soumission dans le cadre des procédures décrites précédemment ; service ne pouvant être fourni que par un fournisseur particulier ; raisons d'extrême urgence dues à des événements imprévisibles).

Les différends surgissant entre les parties sont soumis au système de règlement des différends de l'OMC, avec certains aménagements compte tenu du caractère plurilatéral de l'accord (les mesures de rétorsion croisée sont prohibées par exemple).

L'AMP impose l'établissement d'un système de contestation des adjudications à l'échelle nationale qui accorde un droit de recours auprès d'un tribunal ou d'un organe indépendant au profit des fournisseurs estimant que les règles de l'accord n'ont pas été respectées. L'organe saisi doit avoir le pouvoir d'ordonner la correction de la violation ainsi que la compensation des pertes ou des dommages subis par un fournisseur. Il doit être également habilité à prendre des mesures transitoires en attendant l'issue de la procédure de contestation, notamment pour suspendre le processus de passation du marché.

Les négociations actuelles dans le cadre de l'AGCS

L'article XIII-1 de l'AGCS exempte les lois, réglementations ou prescriptions régulant les marchés publics de services de l'application des principes contenus dans les articles II (traitement de la nation la plus favorisée), XVI (accès au marché) et XVII (traitement national). L'article XIII-2 donne mandat aux membres d'engager des négociations multilatérales sur les marchés publics relevant de l'AGCS.

L'ambition de l'article XIII est de créer un cadre plus souple pour la négociation de nouvelles règles en matière de marché public, applicables cette fois à tous les membres de l'OMC. L'AMP apparaît comme trop contraignant à l'heure actuelle pour nombre de pays en développement, notamment en ce qui concerne le système de contestation des procédures d'adjudication qui nécessite la mise en place d'une organisation administrative lourde et indépendante. Les travaux effectués jusqu'à présent dans le cadre de l'AGCS ne confirment pas ces attentes.

La raison la plus claire des réticences à l'égard du contrôle de la procédure de passation des marchés publics réside dans le fait que de nombreux Etats souhaitent conserver la possibilité de choisir de manière discrétionnaire leurs cocontractants. Mais de nombreux éléments supplémentaires expliquent le blocage actuel : la volonté de garder une marge de manœuvre afin de soutenir des objectifs de politique industrielle ; la volonté de promouvoir des politiques nationales sociales ou environnementales qui ne seront pas entravées par des règles de mise en concurrence et de sélection quasi automatique des partenaires des pouvoirs publics ; pour les pays en développement et les anciens pays à économie socialiste, le manque d'expérience et de moyens pour instaurer des procédures et des organes spécialisés dans la passation de marchés publics, les réformes s'avérant particulièrement onéreuses dans ce domaine ; les pratiques de corruption qui sont caractéristiques de la passation des contrats de marchés publics dans de nombreux pays, que ce soit à l'échelle nationale ou locale.

Le blocage résulte également du fait que les membres demeurent divisés sur le contenu du mandat de l'article XIII-2.

La Communauté européenne considère que les négociations multilatérales devraient porter sur l'ensemble des disciplines énoncées par l'AGCS, y incluant les principes de traitement NPF, de traitement national et d'accès au marché. Cette lecture de l'article XIII n'est pas partagée par tous les membres, notamment les pays en développement qui insistent sur le fait que les négociations devraient se limiter aux questions de transparence, les sujets auxquels se réfère la CE étant exclus par l'article XIII-1. Ils observent également que les obligations résultant des discussions actuelles ne devraient pas être plus lourdes que ce qui est prévu par l'article XIII.

Le régime des concessions de services publics

Des approches divergentes à l'OMC

Les concessions de services publics sont un moyen privilégié pour les Etats de remplir leurs missions de service public tout en ayant recours à un financement privé. Elles constituent un instrument utilisé de longue date dans plusieurs Etats, en particulier pour financer des grands travaux d'infrastructures tels que les liaisons ferroviaires, routières ou encore les réseaux de distribution de l'eau.

Le besoin de maîtriser les dépenses publiques, alors même que les capitaux nécessaires à la satisfaction des besoins collectifs ainsi qu'à l'entretien des infrastructures représentent des sommes considérables, a provoqué un retour en force des concessions de services publics.

Cette pratique est désormais largement répandue à travers le monde, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement. Représentant 50 % des financements privés dans les infrastructures mondiales, il ressort que « pas un continent, pas une région, (...) n'échappe à l'influence du système concessif, même parmi les grands Etats du monde qui restent essentiellement dirigistes et collectivistes »⁴⁶.

La question des relations entre les concessions et les marchés publics est désormais un sujet récurrent aussi bien à l'OMC, qu'à l'échelle communautaire ou nationale (notamment en France). En effet, les concessions de services publics peuvent faire l'objet de deux approches opposées.

Les autorités communautaires considèrent que la concession n'est pas assimilable aux marchés publics du fait de son mode de financement et de gestion. Les Etats-Unis soutiennent que les contrats BOT (*Build-Operate-Transfer*, expression considérée comme synonyme car décrivant les étapes de l'opération de concession) ne se distinguent pas des contrats de marchés publics et devraient donc être soumis aux disciplines de l'AMP ou de tout autre accord sur les marchés publics.

L'enjeu est considérable, car les obligations pesant sur les entités adjudicatrices sont beaucoup plus lourdes en matière de marché public qu'en matière de concession. La question demeure actuellement incertaine à l'OMC.

En pratique, les contrats de concession se distinguent des marchés publics sur les points suivants. Les contrats de concession sont fortement marqués par l'élément d'*intuitus personae*, alors que le choix du partenaire est soumis à des procédures contraignantes dans le cadre des marchés publics. En ayant recours à la concession, la collectivité publique est dispensée de déboursier les sommes qu'elle aurait dû engager dans un contrat de marchés publics. Le concessionnaire est rémunéré en gérant directement le service concédé : une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques d'exploitation liés au service en cause, en se rémunérant sur l'utilisateur, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le droit d'exploitation

implique également le transfert de la responsabilité d'exploitation : cette responsabilité couvre les aspects techniques, financiers, ainsi que la gestion.

Les concessions de services publics en droit communautaire

La question des concessions est traitée de manière incidente par le droit communautaire des marchés publics.

La notion de concession de services publics n'est pas définie dans le Traité CE. En droit dérivé, la directive 93/37/CEE sur les marchés publics de travaux aménage un régime spécifique pour les concessions de travaux publics.

Révélant le désaccord qui existe entre les Etats membres de la CE, la directive 92/50 sur les marchés publics de services ne contient aucune disposition relative aux concessions. Celles-ci sont considérées comme exclues du champ d'application de ces règles.

Le régime des concessions en droit communautaire a été exposé dans une communication interprétative de la Commission⁴⁷ : la concession y est définie comme un acte imputable à une autorité publique qui confie à un tiers une activité relevant de sa responsabilité lorsque celui-ci assume les risques de son exploitation.

Les concessions sont donc soumises à un régime normatif très allégé par rapport à celui des marchés publics. La directive sur les marchés publics de travaux prévoit uniquement une obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution de concessions de travaux publics (aucune obligation spécifique n'est prévue pour les concessions de services). Une fois cette formalité accomplie, le pouvoir adjudicateur reste libre de choisir l'opérateur qui lui convient.

Il est cependant important de noter que les entités ayant recours à la concession doivent respecter les principes généraux du droit communautaire, notamment en matière de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité. Le choix du candidat doit donc être opéré sur la base de critères objectifs ; de même, la procédure doit se dérouler dans le respect des règles fixées par le concédant. Il s'agit cependant d'un contrôle sans commune mesure avec celui qui s'applique en matière de marché public.

Cette position de la Commission européenne a été confirmée par la Cour de jus-

tice des Communautés européennes dans l'arrêt *Teleaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98).

Un régime aussi souple ne serait plus conforme aux principes de l'OMC, fixés dans le cadre de l'AMP, si la concession venait à être considérée comme une catégorie de marché public. Les entités perdraient notamment le pouvoir de choisir de manière quasi discrétionnaire les opérateurs auxquels elles souhaitent confier la gestion de missions de service public.

Notons toutefois que, s'il est légitime de vouloir éliminer les pratiques de corruption et de lobbying qui peuvent se développer dans ce domaine, il est également important de prendre en compte le fait qu'une relation de confiance est nécessaire afin de procéder à une délégation de service public. En définitive, soumettre le régime des concessions à des disciplines aussi strictes que celles des marchés publics est susceptible d'entraîner un résultat inverse de celui qui est recherché (du moins pour les pays disposant de ressources financières nécessaires à cet effet) : les collectivités publiques pourraient être tentées de conserver la gestion du service public en régie directe, par crainte de devoir choisir un partenaire ne leur convenant pas (cette raison explique en partie l'échec qui a marqué la tentative d'introduire un régime minimal pour les concessions dans la directive sur les marchés publics de services).

Les concessions de service public en droit français

Le droit communautaire demeurant très discret sur la question, le droit français a élaboré un régime préservant la liberté de choix des autorités publiques, tout en introduisant une mise en concurrence.

Les délégations de service public représentent un marché considérable en France : « Dans notre pays où, pour chaque type de service public local, on compte au moins 10 000 collectivités délégantes potentielles et où les délégations sont toujours temporaires, il existe plusieurs centaines d'attributions de délégations chaque année dans chacun de ces types, c'est-à-dire qu'il y a un véritable marché ; de plus ce marché est contestable par toute entreprise européenne, il est donc possible d'affirmer que la première relation qui existe entre un délégant et un délégataire se situe bien dans un cadre de concurrence »⁴⁸.

Pendant longtemps, les collectivités publiques ont eu la possibilité de conclure des contrats de concession sans publicité ni

appel à candidatures. Le cadre juridique a été réformé par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite loi Sapin). Cette loi organise la mise en compétition pour accéder aux conventions de service public ; elle est applicable à toutes les collectivités publiques. L'autorité délégante doit se conformer à des obligations de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Celles-ci sont librement négociées par l'autorité qui, au terme de ces négociations, choisit librement le délégataire. L'élément d'*intuitus personae* demeure donc prépondérant : « On ne saurait imposer à l'administration un critère d'attribution automatique qui la lierait trop étroitement dans le choix de l'opérateur »⁴⁹.

La jurisprudence Préfet des Bouches-du-Rhône (Conseil d'Etat, 15 avril 1996) a confirmé le fait que les délégations de service public ne sont pas soumises aux mêmes lois que les marchés publics, le critère déterminant étant celui du risque lié à l'exploitation.

Statut des subventions liées aux activités d'intérêt général

La question des subventions constitue un des sujets les plus épineux qui aient été négociés jusqu'à présent au sein de l'OMC. Néanmoins, les membres sont parvenus à conclure un accord multilatéral sur les subventions et les mesures compensatoires auxquelles elles peuvent donner lieu (accord SMC), applicable au commerce des marchandises.

Les termes du débat sont sensiblement différents dans le cadre de l'AGCS. Les travaux sur ce point sont actuellement au point mort, aucun progrès n'ayant été enregistré depuis sept ans. Les minutes du groupe de travail des règles de l'AGCS, forum au sein duquel la question est principalement traitée, font apparaître les problèmes sur lesquels buttent actuellement les négociateurs.

Ceux-ci concernent la définition même de la notion de subvention, le manque d'informations et de statistiques permettant d'établir une vision d'ensemble et d'évaluer l'impact des subventions sur le commerce des services, ainsi que la possibilité d'exempter certaines subventions liées à des objectifs d'intérêt général.

L'absence de règles propres aux services en matière de subvention

L'ASMC

Afin de voir de quelle manière le problème se pose pour les services, il est utile de présenter rapidement le régime des subventions dans le cadre du commerce des marchandises.

L'accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC) remplit deux fonctions : soumettre à des disciplines le recours aux subventions et réglementer les mesures que les pays peuvent prendre pour compenser les effets dommageables des subventions à l'égard de leur économie. Contrairement au Code des subventions du Tokyo Round qu'il remplace (accord plurilatéral), l'ASMC engage l'ensemble des membres de l'OMC.

La définition du terme « subvention » comporte trois éléments fondamentaux :

- il s'agit d'une contribution financière (don, prêt, participation au capital social, garanties de prêt, incitation fiscale, fourniture de biens ou de services, achat de biens),
- provenant des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un membre ou sur instruction de ceux-ci (couvre toutes les collectivités publiques ainsi que les organismes publics tels que les sociétés d'Etat),
- qui confère un avantage (les membres n'ont pas réussi à s'accorder sur le contenu de la notion d'avantage : doit-il être déterminé par rapport à un critère commercial ou par rapport aux coûts encourus par les pouvoirs publics qui accordent la subvention ? L'accord privilégie le premier critère, sans pour autant l'imposer).

Seules les subventions spécifiques sont assujetties aux disciplines prévues par l'ASMC ; il s'agit des subventions qui sont réservées à : une entreprise ou à un groupe d'entreprises ; une branche de production ou un groupe de branches de production ; des producteurs d'une partie du territoire ; des produits d'exportation ou des produits utilisant des intrants d'origine nationale.

L'ASMC établit deux grandes catégories de subvention. Celles qui sont prohibées et celles qui peuvent donner lieu à une action.

Les subventions prohibées regroupent les subventions à l'exportation et les subventions liées à la teneur en éléments d'origine natio-

nale. Ces subventions sont considérées comme particulièrement néfastes. Un mécanisme de règlement rapide des différends est institué à leur égard (trois mois).

Les subventions pouvant donner lieu à une action ne sont pas prohibées par principe. Elles peuvent être contestées si elles ont des effets défavorables pour les intérêts d'un autre membre. En fonction de ces effets défavorables (dommage causé à une branche de production nationale d'un membre ; préjudice grave ; annulation ou réduction d'avantages résultant du GATT), les membres pourront imposer des mesures compensatoires. Il s'avère cependant souvent difficile d'établir la preuve d'un tel préjudice. La procédure du système de règlement des différends est là encore accélérée, afin de rassembler les renseignements nécessaires à la détermination de l'existence d'un préjudice grave.

L'ASMC prévoyait une troisième catégorie de subvention, les actions ne donnant pas lieu à une action (ou subventions vertes par opposition aux subventions rouges et oranges évoquées ci-dessus). Cette catégorie a été supprimée le 1^{er} janvier 2000.

L'imposition de mesures compensatoires est encadrée par des règles de procédure détaillées régissant la conduite d'une enquête, l'imposition et le maintien en vigueur de telles mesures.

Afin de prendre des mesures compensatoires, un membre doit apporter trois séries de preuves : l'existence d'importations subventionnées sur son marché, la réalité du dommage causé à la branche de production nationale, ainsi qu'un lien de causalité entre ces deux éléments.

Les problèmes spécifiques liés aux services

Lors de la négociation de l'AGCS, les membres ont indiqué que, dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services. Afin d'éviter ces distorsions, les membres étaient appelés à engager des négociations en vue d'élaborer des disciplines multilatérales.

L'article XV-1 reconnaît le rôle des subventions soutenant les programmes de développement des PED et tient compte « des besoins des membres, en particulier des pays en développement, en matière de flexibilité dans ce domaine ». L'article XV-2 prévoit également que « tout membre qui considère qu'une subvention accordée par un autre membre lui est préjudiciable pourra demander à engager des consultations avec cet

autre membre à ce sujet. Ces demandes seront examinées avec compréhension ».

La rédaction de l'article XV laisse transparaître le malaise qui entoure les travaux actuels en matière de subvention : cette disposition reconnaît le besoin de flexibilité, de même qu'elle incite les membres à examiner « avec compréhension » les réclamations de leurs partenaires. Ces orientations demeurent ambiguës. De quels besoins s'agit-il ? Quelles sont les caractéristiques d'une démarche compréhensive ?

Le point 7 des lignes directrices du Conseil du commerce des services régissant les négociations actuelles ne donne pas d'indications à cet égard, affirmant simplement que les membres viseront à mener à bien les négociations au titre de l'article XV avant que les négociations sur les engagements spécifiques ne soient achevées.

A l'heure actuelle, les membres ne sont toujours pas parvenus à élaborer un régime adapté aux subventions en matière de services.

L'expérience du GATT nous enseigne que le Code du Tokyo Round et l'ASMC n'ont pu être négociés qu'après avoir recueilli tous les renseignements alors disponibles en matière de subvention. Cet échange de renseignements est prévu par l'article XV de l'AGCS. Or, à ce jour, seuls quatre pays ont fourni des renseignements relatifs à leurs pratiques dans ce domaine. Les données globales sur les subventions font cruellement défaut aux négociateurs, de telle sorte qu'il est toujours impossible de procéder à une évaluation ; le point même de savoir dans quelle mesure les subventions affectent le commerce des services demeure incertain.

Les travaux portent actuellement sur des clarifications terminologiques, la plupart des membres se limitant à soulever les problèmes, sans pour autant y apporter de réponses.

La définition de la notion de subvention demeure incertaine. Cette question comporte deux aspects différents, qu'il conviendrait de séparer dans les discussions futures : la définition générique des subventions dans le domaine des services, y compris son articulation avec la définition contenue dans l'accord SMC ; le contenu du concept de subventions qui « faussent les échanges » ou qui « peuvent donner lieu à une action ». De nombreuses délégations soutiennent que des notions telles que la spécificité, les objectifs de politique publique, la nature des subventions, les subventions autorisées ou ne pouvant donner lieu à une action, doivent être approfondies. Des membres avancent égale-

ment l'idée d'exclure certains secteurs des négociations sur les subventions, sans pour autant préciser lesquels.

La prise en compte des subventions accordées pour raisons d'intérêt général

Etat des négociations actuelles

Il est important de noter que, contrairement à ce qui est prévu pour les marchés publics, les principes fondamentaux de l'AGCS demeurent applicables dans le cas des subventions. Cet élément est capital en ce qui concerne le traitement national. Ainsi, selon le secrétariat de l'OMC, un membre peut continuer à octroyer des subventions au profit des seuls nationaux dans un secteur pour lequel il a pris des engagements spécifiques, à condition toutefois que cette mesure soit inscrite sur sa liste d'engagements. En l'absence d'une telle inscription, la subvention devra être accordée à tous les fournisseurs étrangers, sinon elle sera considérée comme contraire au principe du traitement national.

Tout en reconnaissant que les disciplines visées à l'article XV font encore l'objet de négociations qui ne sont pas parvenues à élaborer une définition de la notion de « subvention », les membres ont adopté un document qui affirme qu'une subvention discriminatoire constitue une limitation du traitement national : « L'article XVII s'applique aux subventions de la même façon qu'il s'applique à toutes les autres mesures. Par conséquent, toute subvention qui constitue une mesure discriminatoire au sens de l'article XVII devra soit être inscrite dans la liste à titre de limitation concernant le traitement national, soit être mise en conformité avec cet article. Les subventions ne sont pas non plus exclues du champ d'application de l'article II (traitement NPF) »⁵⁰.

Cette prise de position laisse perplexe. Comment apprécier le contenu de la notion de « subvention discriminatoire », alors que la notion de subvention n'est pas définie ?

Deux problèmes supplémentaires se posent en matière de service public. Le premier est de savoir si une aide accordée en contrepartie de l'exercice d'une mission de service public doit être considérée comme une subvention au sens de l'AGCS. Pour qu'une telle aide soit qualifiée de subvention, il faudrait qu'elle représente un avantage pour l'organisme qui la perçoit. La notion d'avantage implique que l'entité bénéficiaire se trouve dans une situation plus favorable

que ses concurrents. Lorsque l'aide se limite à une compensation qui ne fait que couvrir les surcoûts entraînés par l'exercice d'une activité de service public, activité qui impose des contraintes qu'une entreprise privée n'aurait pas assumées dans des conditions normales de marché, il est difficile de voir en quoi une telle aide avantage un opérateur par rapport aux autres qui ne supportent pas ces surcoûts.

Le second problème est de déterminer si une telle aide est susceptible d'entraîner des effets de distorsion dans le commerce des services. Se pose alors de nouveau la question de savoir si les organismes ou entreprises qui exercent des activités de service public sont en concurrence avec les fournisseurs qui n'assument pas de telles responsabilités.

Si les aides accordées en contrepartie des surcoûts entraînés par les obligations de service public devaient être considérées comme des subventions, cela entraînerait deux conséquences majeures. D'une part, les aides qui n'ont pas été inscrites sur les listes d'engagements, devront être accordées à tous les fournisseurs : il s'agirait là d'un coût financier insupportable pour les pouvoirs publics. D'autre part, indépendamment de cette première constatation, se pose le problème des nouvelles subventions qu'un Etat souhaiterait accorder à une entreprise ou autre organisme chargé de la gestion d'un service public : comment inscrire une telle mesure sur la liste d'engagements, alors qu'un membre ne peut imposer de nouvelles limitations dans un secteur qu'il a déjà ouvert à la concurrence ? Cette question demeure sans réponse pour le moment.

Un des points les plus débattus actuellement est de savoir si une catégorie de subventions autorisées doit être rétablie. Ce type de subvention devrait concerner en premier lieu les activités de service public soutenues par les collectivités publiques.

Le cas des subventions octroyées pour des objectifs sociaux ou de politique publique est une question délicate qui devra être traitée de façon appropriée. La Suisse a par exemple affirmé que le droit des membres d'avoir recours à ce type de mesures ne doit pas être entravé. Les listes nationales d'engagements sont un moyen de préserver les prérogatives publiques pour atteindre des objectifs politiques. Ainsi, la liste d'engagements spécifiques de la Suisse limite la portée des engagements dans les services d'éducation à l'enseignement privé ; par conséquent, les mesures relatives à l'enseignement public, y

compris les subventions, ne devraient pas être couvertes par l'engagement. De nombreux membres partagent ce point de vue, considérant qu'une catégorie spéciale de subventions autorisées pour des raisons d'intérêt général devrait être mise en place.

La situation actuelle en droit communautaire

L'article 87-1 du Traité CE pose le principe de l'incompatibilité des aides accordées par les Etats ou sur ressources d'Etat, qui affectent les échanges et qui restreignent la concurrence en favorisant certaines entreprises. L'article 87-2 prévoit des dérogations de plein droit pour certaines aides (aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, aides destinées à remédier aux calamités naturelles ou à des événements extraordinaires) et l'article 87-3 établit des dérogations facultatives pour certaines catégories d'aide (aides destinées à favoriser le développement économique de régions pauvres, à la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, à faciliter le développement de certaines activités économiques, à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine). Les aides autorisées doivent tenir compte de l'intérêt communautaire.

Le contrôle de compatibilité relève de la responsabilité de la Commission européenne, auprès de laquelle les aides doivent être notifiées par les Etats. Le Conseil des Communautés européennes peut définir des catégories supplémentaires d'aide qui bénéficieront d'une dérogation et seront considérées compatibles avec les règles du Marché commun.

Ce dispositif de notification préalable, combiné aux règles de séparation comptable des activités des entreprises disposant de droits exclusifs est conçu pour déceler les aides anticoncurrentielles, notamment les subventions croisées.

Sur la base de ces textes, la Commission a considéré pendant longtemps que les compensations de service public qui ne représentent que la contrepartie des coûts résultant des charges spéciales imposées par l'Etat, ne procurent aucun avantage aux entreprises bénéficiaires et, de ce fait, ne constituent pas des aides d'Etat⁵¹. Une notification n'était donc pas requise.

Un premier revirement est intervenu par le biais de la jurisprudence du Tribunal de Première Instance dans les arrêts FFSA (27 février 1997, T-106/95) et SIC (10 mai 2000, T-46/97). Dans la première affaire, étaient contestés les avantages octroyés à La

Poste par l'Etat français, alors que, dans la seconde affaire, étaient remises en cause les aides accordées par l'Etat portugais à un concessionnaire du service public de la télévision. Le tribunal a décidé que les compensations constituent des aides d'Etat, même en l'absence de surcompensation. Elles pouvaient toutefois être déclarées compatibles avec le traité en application de l'article 86.2 du traité CE (sur les SIEG). Ces compensations devaient être notifiées, même si elles s'avéraient compatibles par la suite.

Un nouveau revirement est intervenu avec l'arrêt *Ferring* (CJCE 22 novembre 2001, C-53/00) où la Cour a considéré qu'une compensation, sous forme d'exonération de taxe, octroyée à des grossistes répartiteurs distribuant des médicaments en gros et assumant des obligations de service public représente la contrepartie des prestations effectuées ; une telle compensation ne procure pas un avantage à ses bénéficiaires. Elle ne doit pas être considérée comme une aide d'Etat.

La Cour revient donc à la position initiale de la Commission. Une compensation de service public ne doit pas être considérée comme une aide d'Etat. En conséquence, elle ne doit pas être notifiée à la Commission européenne. Cependant, une surcompensation représente une aide incompatible avec les obligations du traité CE.

Cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité : elle aurait notamment pour effet de soustraire les mesures de financement des services publics au contrôle de la Commission. Pourtant, la jurisprudence de la Cour a été confirmée récemment par la Commission elle-même dans une décision concernant la poste italienne : le concours de l'Etat n'allant pas au-delà du coût net supporté par l'entreprise pour accomplir sa mission d'intérêt économique général, la qualification d'aide d'Etat n'a pas été retenue (JOCE n° L 282, 19 octobre 2002).

Aujourd'hui, la position du droit communautaire est de considérer que les compensations ne procurent pas un avantage à l'entreprise qui en bénéficie. Si la définition de l'AGCS reprend à son compte le critère de l'avantage, ces compensations ne devraient pas être considérées comme des subventions. Un membre pourrait donc continuer à octroyer de telles contributions au profit des entités chargées de gérer des services publics, sans être obligé de les octroyer sur la base du traitement national.

Notons que l'offre communautaire présentée le 29 avril 2003 préserve la capacité des Etats membres à octroyer des subven-

tions afin d'assurer la viabilité des services publics. Une disposition analogue est prévue en matière de politique de développement régional et de recherche.

L'encadrement des réglementations internes

Etant donné que c'est la réglementation intérieure, plutôt que les mesures à la frontière, qui exerce l'influence la plus significative sur le commerce des services, l'accord dispose que les gouvernements doivent réglementer les services d'une manière raisonnable, objective et impartiale (article VI). Le principe de transparence contribue à renforcer cette obligation.

Dans le domaine des services publics, l'encadrement des règles nationales pose le problème particulier de l'avenir des monopoles.

L'impératif de transparence et de nécessité

Les dispositions relatives à l'encadrement des réglementations internes ont suscité de nombreuses polémiques. L'article VI a été considéré comme portant atteinte au droit souverain des administrations nationales de prendre des mesures en vue de défendre des intérêts légitimes tels que la protection de l'environnement, de la santé, des consommateurs ou en vue d'imposer des obligations de service public. Ces critiques sont excessives car les membres conservent leur droit de réglementer ; cependant, elles mettent l'accent sur les ambiguïtés contenues dans cet article.

Le préambule de l'AGCS reconnaît « le droit des membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale ». Il souligne le besoin particulier qu'ont les pays en développement d'exercer ce droit. Cependant, l'expression « objectifs de politique nationale » ne recouvre pas une notion juridique précise. Elle ne saurait être une justification suffisante dans le cadre d'un litige portant sur une mesure entravant le commerce des services.

Cette formule est reprise dans les lignes directrices pour les négociations sur le commerce des services adoptées par le Conseil du commerce des services le 28 mars 2001, ainsi que dans la déclaration ministérielle de Doha. Cette dernière affirme par ailleurs que le dispositif de l'OMC ne doit pas limiter la

capacité des Etats à assurer la protection de la santé et de l'environnement, au niveau jugé approprié et dans le respect des accords existants.

Dans ce cadre, l'article VI-1 de l'AGCS impose aux membres de faire en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées de manière raisonnable, objective et impartiale. Cela ne concerne que les mesures s'appliquant à des secteurs dans lesquels les membres ont pris des engagements.

Afin de rendre cette obligation effective, l'article VI-2 prescrit aux membres l'aménagement de procédures qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser les décisions administratives entravant le commerce et de prendre les mesures correctives appropriées.

Beaucoup de préoccupations exprimées au sujet de l'incidence de l'AGCS sur la réglementation interne tiennent au fait que l'article VI-4 prévoit l'élaboration de disciplines régissant les prescriptions et procédures en matière de qualification, les normes techniques et les prescriptions en matière de licence afin de faire en sorte qu'elles « ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services ». L'alinéa b) de l'article VI-4 précise en outre que ces disciplines viseront à faire en sorte que ces prescriptions ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service ». Des doutes ont été exprimés sur la portée de ces dispositions, notamment en ce qui concerne les qualifications professionnelles (médecins ou ingénieurs par exemple). Se pose notamment la question de savoir si de telles disciplines sont susceptibles d'entraver la liberté des membres à fixer le niveau de qualification requis pour exercer des fonctions dans les administrations publiques (médecins exerçant dans les hôpitaux publics, enseignants de l'éducation nationale par exemple).

De telles disciplines n'ont été élaborées que dans le secteur comptable.

Les débats se concentrent sur la notion de nécessité. Le critère de nécessité est présenté par le secrétariat de l'OMC comme le moyen d'assurer un équilibre entre deux priorités pouvant se trouver en conflit : promouvoir l'expansion du commerce ; protéger les prérogatives réglementaires des gouvernements. Cela signifie que « s'il existe deux mesures ou davantage qui peuvent permettre d'atteindre le même objectif, il faudrait opter pour celle qui aurait le moins d'effet restrictif sur le commerce »⁵². En cas de contesta-

tion, la nécessité d'une mesure et son caractère restrictif pourraient être examinés dans le cadre du règlement des différends.

Les membres et les décisions de l'organe d'appel permanent de l'OMC ont constamment affirmé qu'il appartient aux gouvernements de choisir le niveau de protection qu'ils souhaitent assurer et que cette prérogative ne saurait être remise en question. Il est cependant délicat de confronter des mesures prises au nom d'objectifs non commerciaux à des engagements pris au titre de dispositions gouvernant le commerce international.

Le secrétariat de l'OMC a livré son analyse de la notion de nécessité en publiant une note informelle intitulée « Application du critère de nécessité : questions à examiner »⁵³.

Ce document présente les conclusions suivantes. Conformément à la pratique suivie jusqu'à ce jour dans le secteur des marchandises, la question devra être examinée au cas par cas. La jurisprudence traditionnelle de l'organe d'appel en matière d'évaluation du critère de nécessité est confirmée : dans un premier temps, la mesure doit répondre à un objectif légitime ; dans un second temps, cette mesure doit être la moins restrictive possible. La note donne des exemples d'objectifs légitimes. Il s'agit notamment des exceptions prévues à l'article XIV de l'AGCS (voir deuxième partie) ainsi que de la protection du consommateur, de la qualité du service, de la compétence et de l'intégrité professionnelle. Notons également que l'objectif de « sauvegarde de l'intérêt général » n'a pas été retenu, étant considéré comme trop imprécis.

Ce document, publié en avril 2001 sur le site Internet de l'OMC, ne présente pas le dernier état de la jurisprudence de l'organe d'appel. Dans sa nouvelle approche de la question, l'organe d'appel remplace en quelque sorte le critère de nécessité par un contrôle de proportionnalité. Il se réfère à une série de facteurs « parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégées [...] et l'incidence concomitante [...] sur les importations ou les exportations » (11 décembre 2000, Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, WT/DS161 et 1WT/DS69). Le critère d'affectation des échanges n'apparaît donc plus comme un élément prépondérant. Les membres devront toutefois démontrer que les mesures adoptées ne cachent pas des

intentions protectionnistes. Cette jurisprudence a été confirmée depuis dans l'affaire de l'amiante (12 mars 2001, Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135).

Les inquiétudes pesant sur le droit de réglementation des membres apparaissent donc comme excessives. Il est probable cependant que certaines réglementations relatives à la gestion des services publics seront contestées devant l'organe de règlement des différends de l'OMC. L'assouplissement de la jurisprudence de l'organe d'appel sur la question de la nécessité d'une mesure entravant le commerce international indique que les préoccupations légitimes des membres ne sont pas appelées à s'effacer constamment devant l'objectif de libéralisation des échanges.

Le statut des monopoles dans l'AGCS

La question des monopoles constitue un exemple particulier de réglementation intérieure. Plusieurs membres ont en effet réservé de nombreuses activités de service public à une gestion monopolistique, notamment dans le domaine des services en réseau ou des services sociaux.

Au terme de l'article VIII de l'AGCS qui traite des monopoles et fournisseurs exclusifs de services, un fournisseur de service monopolistique ne doit pas être autorisé à agir de manière incompatible avec les obligations NPF d'un membre ou avec ses engagements spécifiques, ni abuser de sa position monopolistique.

Tous les types de monopole sont concernés, qu'il s'agisse de monopoles publics ou privés. En effet, quelle que soit sa forme, le monopole constitue un obstacle majeur à l'exercice de la libre concurrence. Le but est non seulement d'encadrer la gestion des monopoles étatiques, mais également de faire en sorte que la libéralisation d'un sec-

teur ne conduise pas à la création de nouveaux monopoles privés. Il est important de distinguer à cet égard le concept de libéralisation de celui de privatisation. L'AGCS vise principalement à introduire la concurrence dans les secteurs fermés, considérant qu'il s'agit là du système de gestion le plus efficace ; il ne prescrit pas forcément la privatisation des activités en cause, même si le mouvement de libéralisation conduit substantiellement au même résultat.

L'article VIII peut être analysé comme une disposition à double détente. Il ne prescrit pas l'abolition des monopoles existants. Un membre peut continuer à réserver des activités à des fournisseurs monopolistiques, à condition que ces restrictions soient inscrites dans sa liste d'engagements. Par ailleurs, il doit veiller à ce que le monopole n'abuse pas de sa position lorsqu'il entre en concurrence avec d'autres fournisseurs en dehors du champ de ses droits monopolistiques. Un fournisseur monopolistique n'est donc pas obligé de limiter ses activités au seul périmètre de son monopole ; son comportement au-delà de ces limites ne sera considéré comme anticoncurrentiel que dans le cas d'un abus de position monopolistique.

L'AGCS est beaucoup plus restrictif en ce qui concerne la création de nouveaux monopoles. Le membre devra annoncer son intention au Conseil du commerce des services et accorder une compensation à ses partenaires affectés avant de prendre une telle mesure. La compensation devant être accordée sur la base de la clause de la nation la plus favorisée, le coût d'une telle opération apparaît prohibitif.

Il est donc possible de résumer l'esprit de cet article en ces termes : les monopoles existants sont tolérés, alors que le régime encadrant la création de nouveaux monopoles rend tout recours à ce mode de gestion hautement improbable.

Conclusion

Au terme de cette étude, une seule conclusion s'impose avec force : le sort juridique des services publics au sein de l'AGCS reste à définir. Cet accord n'aménage pas un régime particulier à leur profit ; il ne prévoit pratiquement aucune disposition tendant à sauvegarder les missions de service public dans l'environnement concurrentiel qu'il vise à mettre en place.

Deux options se présentent afin de prendre en compte la spécificité des services d'intérêt général. La première consiste à établir une liste commune des activités de service public échappant aux règles de l'accord ou recevant un traitement spécial. Cependant, cette approche est susceptible d'entraîner deux conséquences négatives. La notion de service public étant par nature évolutive, l'établissement d'une telle liste figerait la situation et ne pourrait s'adapter que tardivement aux évolutions. De plus, le rôle des services publics étant conçu différemment par les membres, il est à craindre qu'une telle liste ne soit établie qu'en fonction du plus petit dénominateur commun, ce qui représenterait un recul pour les Etats défendant une conception forte du service public.

Dès lors, dans le cadre de la seconde option, il revient à chaque membre de défendre, dans la mesure de ses moyens et de son pouvoir de négociation, sa propre conception du service public par le biais des engagements et des limitations qu'il inscrit dans sa liste d'engagements.

Afin d'accroître la sécurité juridique, les dispositions de l'accord gagneraient à être clarifiées. Le traitement qui sera réservé aux ser-

vices publics dépendra en grande partie de l'interprétation plus ou moins extensive de l'article I-3. Faute d'accord entre les membres, une telle interprétation pourrait être l'œuvre de l'organe d'appel du système de règlement des différends de l'OMC. Se pose alors le problème de la légitimité d'une telle structure pour prendre des décisions qui auront inévitablement des conséquences importantes sur l'organisation administrative interne des Etats, ainsi que sur les politiques publiques qu'ils entendent appliquer.

Parallèlement, les travaux concernant le financement des services publics demeurent inachevés. Cela concerne tout particulièrement les négociations actuelles sur le régime des concessions de services publics ainsi que celles ayant trait aux subventions accordées aux organismes gérant des activités d'intérêt général. Tant que ces deux questions ne seront pas réglées, le régime des services publics demeurera incertain.

Il est donc malaisé de définir aujourd'hui le statut des services publics au sein de l'AGCS. Notons par ailleurs que toutes les activités de service public ne présentent pas les mêmes caractéristiques. L'éducation, les télécommunications, la distribution de l'eau ou de l'énergie ne répondent pas aux mêmes impératifs et sont gérés selon des modes sensiblement différents. S'il est possible d'exposer les grandes lignes du régime général des services publics et d'attirer l'attention sur les incertitudes qui caractérisent cette matière à l'heure actuelle, une analyse particulière de chaque secteur serait utile afin d'évaluer l'im-

pact concret des règles de l'AGCS sur chacune de ces activités.

Par ailleurs, il est particulièrement important de garder à l'esprit que les pays membres de l'OMC adoptent des positions contrastées sur la question de l'utilité et de la nécessité des activités de service public. Ces divergences sont le résultat de nombreux paramètres qu'il est important de prendre en compte dans toute discussion ayant trait au service public. Au-delà des traditions juridiques qui diffèrent selon les Etats, les membres de l'OMC ne se trouvent pas sur un pied d'égalité en matière de capacités techniques et financières. L'entretien, la gestion et l'organisation des services publics requièrent un financement que les pays en développement, les pays les moins avancés et les pays en transition à faible revenu ne peuvent assurer directement. Parallèlement, les tractations actuelles dans le domaine des services sont extrêmement complexes et techniques, ce qui marginalise davantage une partie de ces Etats qui ne possèdent pas les moyens nécessaires pour être représentés de manière adéquate au sein des instances de négociation (cela concerne les Etats qui n'ont pas de représentation permanente auprès de l'OMC ou ceux qui, ayant une représentation, n'ont pas à leur disposition les experts qui leur permettraient de suivre les travaux en cours). Alors que les services publics peuvent constituer un élément important de développement économique et de cohésion sociale et territoriale, il n'est pas certain que les PED soient en mesure d'influencer le débat sur cette question, pas plus qu'ils n'aient le poids et les outils nécessaires pour défendre pleinement leurs intérêts en la matière.

L'Uruguay Round et le cycle de Doha ne sont que les premières étapes d'un long processus de libéralisation, qui sera amené à s'étendre progressivement aux domaines les plus sensibles (réglementation intérieure, services culturels, services sociaux, biens publics). Dans ce contexte, les pays membres devront répondre aux questions soulevées dans le cadre de la présente étude s'ils souhaitent encadrer le développement de ce processus. L'AGCS marque un tournant dans les négociations commerciales multilatérales : bien plus qu'un simple accord de libéralisation des échanges, il pourrait être comparé à un accord de gouvernance. Dans un tel contexte, il ne s'agit plus tellement de savoir si les servi-

ces publics sont couverts par l'AGCS mais surtout *dans quelle mesure* ils le sont.

Le calendrier de la conférence ministérielle d'examen à mi-parcours de Cancún n'envisage pas de traiter de manière spécifique la question des services publics. Dans le domaine général des services, il s'agira essentiellement de prendre acte de l'état des négociations en cours et de formuler des orientations pour leur poursuite.

La déclaration finale de Doha prévoit que, lors de la cinquième conférence ministérielle, des décisions d'ouvrir des négociations sur trois thèmes transversaux fondamentaux seront prises (les modalités de ces négociations seront fixées par consensus explicite). Les trois thèmes concernés sont les règles régissant les investissements directs à l'étranger, la concurrence et la transparence des marchés publics. Ils posent des questions spécifiques en matière de service public.

Les débats relatifs à la conciliation entre concurrence et service public ont été évoqués à plusieurs reprises dans le cadre de cette étude. Il n'est pas certain cependant qu'ils seront repris à l'occasion de la conférence de Cancún.

Conformément à la déclaration de Doha, les pays membres sont incités à établir un cadre multilatéral sur la transparence des marchés publics (parallèlement au cadre plurilatéral déjà mis sur pied par l'AMP). Ces nouvelles négociations ne devraient pas restreindre la possibilité pour les membres d'accorder des préférences aux fournisseurs nationaux.

En ce qui concerne les liens entre commerce et investissements, la déclaration finale de Doha souligne que « tout cadre devrait refléter de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil et tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementation dans l'intérêt général ». Les préoccupations liées à la gestion ainsi qu'à la viabilité des services publics font assurément partie des « politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ».

Les discussions qui seront engagées à l'occasion de la cinquième conférence ministérielle de Cancún permettront de constater dans quelle mesure la problématique du service public sera prise en compte afin de traiter ces sujets.

Notes

1. AGCS par la suite ou GATS pour General Agreement on Trade in Services.
2. Sur ce point, ainsi que sur l'évolution des négociations concernant les services, voir J. Croome, *Reshaping the world trading system. A History of the Uruguay Round*, Second edition, 1999, notamment p. 102, 109 et s.
3. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 8^e édition, 2002, p. 492.
4. OMC, Secrétariat général, AGCS – Faits et fiction, p. 12.
5. Organisation mondiale du commerce, Classification sectorielle des services, Note du secrétariat de l'OMC, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991. Voir sur ce point la partie II et l'annexe 3.
6. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 8^e édition, 2002, p. 495.
7. *Ibid.*, p. 495.
8. D. Linotte, R. Romi, *Services publics et droit public économique*, 4^e édition, 2001, p. 53.
9. G. Henaff, Les entreprises de service public face au droit interne de la concurrence, *in* *Concurrence et services publics, enjeux et perspectives*, 2002, p. 82.
10. Conclusions du Commissaire du gouvernement J.-H. Stahl dans cette affaire.
11. N. Charbit, *Secteur public et droit de la concurrence*, 1999.
12. R. Kovar, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTDE, 1995, p. 231.
13. Commission européenne, Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 final, 2000, confirmée par le Livre vert sur les services d'intérêt général de mai 2003, COM(2003) 270 final.
14. JOCE, n° C 364, du 18 décembre 2000.
15. Rodrigues, *Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone*, RMCUE, 2002, p. 291.
16. Les développements qui suivent sont fondés sur les ouvrages de J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2002, p. 545 et s. et M. Walrave (dir.), *Les réseaux de services publics dans le monde. Organisation, régulation, concurrence*, p. 147 et s.
17. E. Cohen, C. Henry, *Service public, secteur public*, 1997, p. 18.
18. COM(2003) 270 final, p. 68.
19. Secrétariat de l'OMC, Division du commerce des services. Introduction à l'AGCS, 1999, p. 3.
20. Il est possible de consulter les listes d'exemptions à la clause NPF sur le site <http://gats-info.eu.int/gats-info/nwtosvc>
21. OCDE, *Pour l'ouverture des marchés de services*, 2002, p. 67.
22. Le bilan général tracé par l'OCDE sur l'efficacité de ces points d'information est plutôt négatif. OCDE, *Commerce des services. Questions et enjeux des négociations*, 2001, p. 113.
23. Pour une discussion de la notion de service public, voir la troisième partie de cette étude, page 29 (application des principes de la Convention de Vienne)
24. P. Messerlin, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, 1995, p. 243.
25. Secrétariat de l'OMC, *op. cit.*, p. 9.
26. OCDE, *Pour l'ouverture des marchés de services*, 2002, p. 69.
27. H. Ruiz Fabri, *Chronique du règlement des différends – 2000*, JDI, 2001/3, p. 931.
28. La rubrique des engagements additionnels permet d'introduire des précisions utiles concernant les services publics lorsque les éléments en

- question ne concernent pas directement le traitement national ou l'accès au marché.
29. Note du secrétariat de l'OMC, Classification sectorielle des services, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.
30. Commission européenne, Demandes des membres de l'OMC à la CE et à ses Etats membres en faveur de l'amélioration de l'accès au marché pour les services, 2002, p. 51.
31. Documents S/CSC/W/25 du 28 septembre 1999 et S/CSS/W/38 du 20 décembre 2000.
32. S/L/93, 29 mars 2001.
33. T/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001.
34. OMC, AGCS – Faits et fiction, p. 12.
35. Devenu article 45 depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam.
36. WTO Secretariat, Guide to the GATS, An overview of issues for further liberalization of trade in services, environmental services, 2001, p. 312. Document également disponible sur le site OMC : S/C/W/46.
37. WTO Secretariat, *Ibid.*, Health and social services, p. 381. Disponible sur le site OMC : S/C/W/50.
38. H. Ruiz Fabri, L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard, RGDIP, 1999, p. 77.
39. Voir J. Croome, Reshaping the world trading system. A History of the Uruguay Round, Second and revised edition, 1999, p. 205 et s., 271 et s., 310 et s. ; M. Krajewski, Research Paper, Written for Centre for International Environmental Law (CIEL), 2001, p. 11.
40. H. Ruiz Fabri, L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard, RGDIP, 1999, p. 94.
41. Article 295 Traité CE : « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ».
42. Communication du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580 final.
43. J.-Y. Chérot, Droit public économique, 2002, p. 142-143.
44. N. Charbit, Secteur public et droit de la concurrence, 1999, p. 40.
45. R. Kovar, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, RTDE, 1995, p. 227.
46. C. Bettinger, La délégation de services publics dans le monde. Concession ou BOT, 1997, p. 13 et 88 et s.
47. Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE C/121-2 du 29 avril 2000.
48. J.-Y. Chérot, Droit public économique, 2002, p. 521-522.
49. J.-Y. Chérot, *ibid.*, p. 537.
50. S/L/92, Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services, Adoptées par le Conseil du commerce des services le 23 mars 2001, p. 7.
51. A. Alexis, Services publics et aides d'Etat, Revue du droit de l'Union européenne, 2002/1, p. 64.
52. Secrétariat de l'OMC, AGCS – Faits et fiction, p. 14.
53. Job No.5929, 8 octobre 1999.

Bibliographie

Documents officiels

Commission européenne, 2003. Livre vert sur les services d'intérêt général. COM(2003) 270 final. 21 mai.

Commission européenne, 2003. Conditional offer from the EC and its member States. Direction générale du commerce. Document disponible sur le site de la DG Commerce. 29 avril 2003.

Commission européenne, 2003. Summary of the Commission's proposal for the EU's services offer. Direction générale du commerce. Document disponible sur le site de la DG Commerce. Avril.

Commission européenne, 2002. Demande des membres de l'OMC à la CE et à ses Etats membres en faveur de l'amélioration de l'accès au marché pour les services. Document de consultation. Direction générale du commerce. Document disponible sur le site de la DG Commerce. Novembre.

Commission européenne, 2001. Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général, COM(2001) 598 final.

Commission européenne, 2000. Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe. COM(2000) 580 final.

Organisation mondiale du commerce, 2003. Communication from the United States. Initial offer, TN/S/O/USA. 9 avril 2003.

Organisation mondiale du commerce, 2001. Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services. S/L/93, 29 mars.

Organisation mondiale du commerce, 2001. Conférence ministérielle de l'OMC, Doha. Déclaration ministérielle, WT/MIN(01)/DEC/1.

Organisation mondiale du commerce, 2000. Communication des Communautés européennes et de leurs Etats membres. AGCS 2000 : services concernant l'environnement. Conseil du com-

merce des services, session extraordinaire, S/CSS/W/38, 22 décembre.

Organisation mondiale du commerce, 1993. Etablissement des listes d'engagements initiaux pour le commerce des services : note explicative. Secrétariat du GATT, Groupe de négociation sur les services. MTN.GNS/W/164, 3 septembre.

Organisation mondiale du commerce, 1991. Classification sectorielle des services. Note du secrétariat de l'OMC. MTN.GNS/W/120, 10 juillet.

Parlement européen, 2003. Résolution du Parlement européen sur l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) dans le cadre de l'OMC, y compris la diversité culturelle. P5_TA-PROV(2003)0087, 12 mars.

Rapports et études

Cohen E., C. Henry, 1997. Service public, secteur public. Rapport du Conseil d'analyse économique. La Documentation française, Paris.

Conseil économique et social, 2003. De Doha à Cancún : la libéralisation des échanges au service du progrès humain ? Avis du Conseil économique et social présenté par J.-Cl. Pasty, 17-18 juin, JORF. Avis et rapports du CES, n° 13.

Conseil économique et social, 2001. Les négociations commerciales multilatérales : le cas des services. Avis du Conseil économique et social présenté par F. Ailleret, 27-28 novembre. JORF, Avis et rapports du CES n° 23.

Fuchs G., 2001. Le service public en France et dans l'Union européenne. Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, n° 3141. La Documentation française, Paris.

Jacquet P., P. Messerlin, L. Tubiana, 1999. Le cycle du millénaire. Rapport du Conseil d'analyse économique. La Documentation française, Paris.

- Martinand C. (dir.), 1995. La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité. Commissariat général du plan. Editions ESKA-ASPEurope, Paris.
- Mattoo A., 2001. Shaping future GATS rules for trade in services. Policy Research Working Paper, WPS 2596, World Bank. Document disponible sur le site de la Banque mondiale www.worldbank.org, avril.
- OCDE, 2002. Pour l'ouverture des marchés de services. L'Accord général sur le commerce des services. Editions de l'OCDE, Paris.
- OCDE, 2001. Commerce des services. Questions et enjeux des négociations. Editions de l'OCDE, Paris.
- Organisation mondiale du commerce. AGCS - Faits et fiction. Secrétariat de l'OMC. Document disponible sur le site de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/-serv_gats_factfictionl.
- Organisation mondiale du commerce, 1999. Introduction à l'AGCS. Secrétariat de l'OMC, division du commerce des services. Document disponible sur le site de l'OMC www.wto.org, octobre.
- UNCTAD, World Bank, 1994. Liberalizing international transactions in services. A handbook. United Nations Publications, Geneva.
- Walrave M. (dir.), 1995. Les réseaux de services publics dans le monde. Organisation, régulation, concurrence. Commissariat général du plan. Editions ESKA-ASPEurope, Paris.
- WTO Secretariat, 2001. Guide to the GATS. An overview of issues for further liberalization of trade in services. Kluwer Law International, The Hague.
- Ouvrages**
- Auby J.-F., 1998. Les services publics en Europe. Que sais-je ?, Paris.
- Bettinger C., 1997. La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT. Berger-Levrault, Paris.
- Carreau D., P. Juillard, 1998. Droit international économique, 4^e édition, LGDJ, Paris.
- Chapus R., 2000. Droit administratif général, Tome 1, 14^e édition. Montchrestien, Paris.
- Charbit N., 1999. Secteur public et droit de la concurrence. Editions Joly, Pratique des affaires, Paris.
- Chérot J.-Y., 2002. Droit public économique. Economica, Paris.
- Chevalier J.-M., I. Ekeland, M.-A. Frison-Roche (dir.), 1999. L'idée de service public est-elle encore soutenable ? PUF, Paris.
- Croome J., 1999. Reshaping the world trading system. A history of the Uruguay Round. Second and revised edition. Kluwer Law International, The Hague.
- Decocq A., G. Decocq, 2002. Droit de la concurrence interne et communautaire. LGDJ, Paris.
- Dupuis G., M.-J. Guédon, P. Chrétien, 2002. Droit administratif, 8^e édition, Armand Collin, Paris.
- Henaff G. (dir.), 2002. Concurrence et services publics. Enjeux et perspectives. Presses universitaires de Rennes, Rennes.
- Hoekman B.M., M.M. Kostecki, 2001. The political economy of the world trading system. The WTO and beyond. Second edition, Oxford University Press, New York.
- Kovar R., D. Simon (dir.), 1998. Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché. Tomes I et II. Actes du Colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996. La Documentation française - Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, Paris.
- Krueger A. (ed.), 1998. The WTO as an international organization. The University of Chicago Press, Chicago.
- Linotte D., R. Romi, 2001. Services publics et droit public économique. 4^e édition, Litec, Paris.
- Lyon-Caen A., V. Champeil-Desplats (dir.), 2001. Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne. Dalloz, Paris.
- Messerlin P., 1995. La nouvelle Organisation mondiale du commerce. Ifri, Dunod, Paris.
- Moderne F., G. Marcou (dir.), 2001. L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne, L'Harmattan, Paris.
- Rainelli M., 2002. L'Organisation mondiale du commerce. 6^e édition. Editions La Découverte, Paris.
- Articles de doctrine**
- Alexis A., 2002. Services publics et aides d'Etat. Revue du droit de l'Union européenne, 1, p. 63-109.
- Henaff G., 2002. Les entreprises de service public face au droit interne de la concurrence. In Concurrence et services publics. Enjeux et perspectives, G. Henaff (dir.). Presses universitaires de Rennes, Rennes, p. 81-96.
- Kovar R., 1996. Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée. Revue trimestrielle de droit européen, avril-juin, p. 215-242 et juillet-septembre, p. 493-533.
- Marcou G., 2001. De l'idée de service public au service d'intérêt général. In L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne, F. Moderne, G. Marcou (dir.). L'Harmattan, Paris, p. 365-411.
- Moderne F., 2001. Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public. In L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne, F. Moderne, G. Marcou (dir.). L'Harmattan, Paris, p. 9-81.
- Rodrigues S., 2002. Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone. Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 458, mai, p. 291-298.
- Ruiz Fabri H., 1999. L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard. Revue générale de droit international public, p. 48-128.
- Ruiz Fabri H., 1998. Organisation mondiale du commerce. Droit matériel. Services, propriété intellectuelle, investissement, marchés publics, aéronefs. Editions du Juris-Classeur, Droit international, Fascicule 130-25, novembre.

Ruiz Fabri H. 1998. Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel. Editions du Juris-Classeur, Droit international, Fascicule 130-10, mai.

Ruiz Fabri H., 1999. Chronique du règlement des différends, 1996-98. *Journal du Droit international*, 2, p. 453-506.

Ruiz Fabri H., 2000. Chronique du règlement des différends, 1999. *JDI*, 2, p. 385-434.

Ruiz Fabri H. 2001. Chronique du règlement des différends, 2000. *JDI*, 3, p. 901-953.

Ruiz Fabri H., 2002. Chronique du règlement des différends, 2001. *JDI*, 3, p. 869-922.

Contributions d'ONG

Krajewski M., 2001. Research Paper, Written for Centre for International Environmental Law (CIEL), May, Document disponible sur le site www.gatswatch.org

Gould E., 2003. Water in the current round of WTO negotiations on services. CCPA Briefing Paper Series: Trade and investment. Canadian

Centre for Policy Alternatives, Ottawa, January.

Gould E., 2001. Separating WTO Fact and Fiction. Council of Canadians, June. Document disponible à : www.canadians.org/campaigns/campaigns-tradepub-gats-fact_fiction.html

Puscas D., 2002. Waiting in the wings! How for-profit health corporations are planning to cash-in on the privatization of Medicare in Canada. Polaris Institute, September.

Sinclair S., J. Grieshaber-Otto, 2002. Facing the facts: A guide to the GATS debate. Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa.

Speed R., E. Tuerk, 2003. GATS and water. A draft discussion paper for the Workshop on Trade and Water, 3 March, Geneva. Centre for International Environmental Law, February.

World Development Movement, 2003. A preliminary analysis of the EU's leaked GATS requests to 109 WTO member states. Media Briefing. Document disponible sur le site www.wdm.org, February.

Annexe 1

Structure de l'Accord général sur le commerce des services

Article	Disposition
PREAMBULE	
PARTIE I	PORTEE ET DEFINITION
I	Portée et définition. Le commerce des services recouvre les 4 modes de fourniture. Les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sont exclus.
PARTIE II	OBLIGATIONS ET DISCIPLINES GENERALES
II	Traitement de la nation la plus favorisée. Possibilité d'opter pour des exemptions initiales.
III	Transparence. Obligation d'établir des points d'information.
III bis	Divulgence de renseignements confidentiels.
IV	Participation croissante des pays en développement. Les pays développés prendront des mesures facilitant l'accès des fournisseurs de services de ces pays. Priorité aux pays les moins avancés.
V	Intégration économique.
V bis	Accords d'intégration des marchés du travail.
VI	Réglementation intérieure.
VII	Reconnaissance fondée sur un accord/arrangement avec le pays concerné ou accordée de manière autonome.
VIII	Monopoles et fournisseurs exclusifs de services. De tels fournisseurs doivent respecter la clause NPF ainsi que les engagements spécifiques du membre. Ils ne devront pas abuser de leur position monopolistique.
IX	Pratiques commerciales potentiellement restrictives de concurrence.
X	Mesures de sauvegarde d'urgence (prévision de négociations multilatérales ultérieures).
XI	Paiements et transferts.
XII	Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements.
XIII	Marchés publics (prévision de négociations multilatérales ultérieures).

XIV	Exceptions générales.
XIV bis	Exceptions concernant la sécurité.
XV	Subventions (prévision de négociations multilatérales ultérieures).
PARTIE III	ENGAGEMENTS SPECIFIQUES
XVI	Accès aux marchés. Définition d'un ensemble de mesures qui ne pourront être adoptées ou maintenues que si cela est spécifié dans la liste du membre. Applicable aux secteurs pour lesquels le membre s'est engagé.
XVII	Traitement national. Traitement non moins favorable que celui accordé aux fournisseurs nationaux. Applicable aux secteurs pour lesquels le membre s'est engagé.
XVIII	Engagements additionnels.
PARTIE IV	LIBERALISATION PROGRESSIVE
XIX	Négociation des engagements spécifiques. Les membres doivent entreprendre des séries de négociations successives en vue d'élever le niveau de libéralisation.
XX	Listes des engagements spécifiques.
XXI	Modification des listes.
PARTIE V	DISPOSITIONS INSTITUTIONNELLES
XXII	Consultations.
XXIII	Règlement des différends et exécution des obligations.
XXVI	Conseil du commerce des services.
XXV	Coopération technique.
XXVI	Relations avec d'autres organisations internationales.
PARTIE VI	DISPOSITIONS FINALES
XXVII	Refus d'accorder des avantages.
XXVIII	Définitions.
XIX	Annexes. Les annexes de l'accord font partie intégrante de l'AGCS. Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II. Réexamen de ces exemptions au bout de 5 ans. Durée de principe de 10 ans. Annexe sur le mouvement des personnes physiques Fournissant des services relevant de l'accord. Annexe sur les services de transport aérien. Annexe sur les services financiers. Seconde annexe sur les services financiers. Annexe sur les négociations sur les services de transport maritime. Annexe sur les télécommunications. Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base.

Sources :

Hoekman B.M., M.M. Kostecki, 2001. The political economy of the world trading system. The WTO and beyond. Second edition, Oxford University Press, New York.

UNCTAD, World Bank, 1994. Liberalizing international transactions in services. A handbook. United Nations Publications, Geneva.

Annexe 2

Guide de lecture d'une liste d'engagements

La façon la plus simple de comprendre comment fonctionne une liste relative aux services est d'en examiner une. A cet égard, nous examinerons une liste d'un membre imaginaire de l'OMC, le pays X. Cette liste est artificiellement courte car elle ne porte que sur un seul sous-secteur.

La liste se divise verticalement en quatre colonnes :

► dans la première est spécifié le secteur ou sous-secteur auquel s'appliquent les notes figurant dans les autres colonnes ;

► dans la seconde sont énoncées les éventuelles limitations à l'accès au marché pour ce qui est du secteur ou sous-secteur visé, lorsque le service est fourni par un mode de fourniture donné, qui relèvent des six types de restrictions mentionnées à l'article XVI (accès au marché) ;

► dans la troisième colonne sont spécifiées de la même façon les limitations qui visent, conformément aux dispositions de l'article XVII (traitement national) ;

► la quatrième colonne est disposée pour inscrire les éventuels engagements supplémentaires qui ont été offerts (article XVIII, par exemple qualifications personnelles, normes et licences). Cette colonne est vide dans la liste du pays X, comme c'est le cas pour la plupart des membres réels de l'OMC.

La liste est divisée horizontalement en deux parties :

► dans la première partie sont énumérés les « engagements horizontaux » : il s'agit des dispositions qui s'appliquent aux fournisseurs étrangers de tout service inscrit dans la liste ;

► dans la seconde partie sont repris les engagements contractés pour ce qui est de chaque secteur ou sous-secteur inscrit.

La liste du pays X comprend les trois exemples principaux d'annotations que l'on peut trouver dans toutes les listes réelles :

► engagement sans limitation : lorsqu'il n'y a pas de limitation de l'accès au marché ou du traitement national dans un secteur donné et pour un mode de fourniture donné, la mention NEANT est inscrite. Toutefois, il convient de noter que, lorsque cette mention figure dans la deuxième partie de la liste (partie sectorielle), cela signifie qu'il n'y a pas de limitations propres au secteur en question : il peut y avoir des limitations horizontales indiquées dans la première partie de la liste ;

► absence d'engagement : le membre demeure libre d'instituer ou de continuer à appliquer, dans un secteur et pour un mode de fourniture donnés, des mesures incompatibles avec l'accès au marché ou le traitement national. La mention NON CONSOLIDE devra être inscrite ;

► engagement assorti de limitations : dans de nombreux cas intermédiaires, les engagements consolidés sont décrits en indiquant les limitations qui leur sont applicables.

Il est maintenant plus aisé de lire et de comprendre la liste du pays X.

Les engagements horizontaux montrent que tout fournisseur de services étranger souhaitant établir une présence commerciale dans le pays X pour fournir n'importe quel service repris dans la liste devra satisfaire à des prescriptions en matière de notification et d'examen ; il aura également besoin d'une autorisation pour acheter des terrains.

Le pays X n'accepte de prendre aucun engagement, hormis ceux qui sont spécifiés, pour admettre des étrangers sur son territoire national en vue de la fourniture de services.

Les fournisseurs étrangers de services de commerce de détail sont complètement libres d'offrir ces services aux Arcadiens qui se rendent dans les pays étrangers concernés ou de les fournir au moyen de la vente par correspondance, mais, s'agissant des autres modes de fourniture, ils se heurtent aux limitations indiquées.

N.B. : La lecture des listes n'est complète qu'en tenant compte des éventuelles exemptions prises au titre de l'article II (clause NPF).

LISTE DES ENGAGEMENTS SPECIFIQUES D'UN PAYS X

SECTEUR OU SOUS-SECTEUR	LIMITATIONS CONCERNANT L'ACCÈS AU MARCHÉ	LIMITATIONS CONCERNANT LE TRAITEMENT NATIONAL	ENGAGEMENTS ADDITIONNELS
Engagements horizontaux			
Tous les secteurs inscrits dans cette liste	<p>③ Notification et examen conformément à la Loi du pays X de 1993 relative à l'investissement étranger</p> <p>④ Non consolidé sauf pour a) la présence temporaire, en qualité de personnes transférées entre sociétés d'un même groupe, de cadres supérieurs et de spécialistes essentiels et b) la présence pour une durée maximale de 90 jours de représentants d'un fournisseur de services pour négocier la vente de services</p>	<p>③ L'acquisition de terrains par des étrangers est soumise à autorisation</p>	
Engagements spécifiques			
<p>④ Services de distribution</p> <p>C. Services de commerce de détail (CPC 631, 632)</p>	<p>① Non consolidé (sauf pour la vente par correspondance : néant)</p> <p>② Néant</p> <p>③ Examen des besoins économiques pour les supermarchés de plus de 1 500 mètres carrés</p> <p>④ Non consolidé, sauf comme indiqué sous « engagements horizontaux ».</p>	<p>③ Non consolidé (sauf pour la vente par correspondance : néant)</p> <p>② Néant</p> <p>③ Certaines incitations fiscales sont réservées aux sociétés contrôlées par des ressortissants arcadiens.</p> <p>④ Non consolidé.</p>	
Modes de fourniture :			
	① Fourniture transfrontière	② Consommation à l'étranger	
	③ Présence commerciale	④ Présence de personnes physiques	

Sources :

Secrétariat de l'OMC, Division du commerce des services, 1999. Introduction à l'AGCS, octobre.
Secrétariat du GATT, Groupe de négociation sur les services, 1993. Note explicative sur l'établissement des listes d'engagements pour le commerce des services, MTN.GNS/W/164, 3 septembre.

Annexe 3

Classification sectorielle des services

Organisation mondiale du commerce
RESTRICTED
MTN.GNS/W/120,
10 juillet 1991
(98-0000)

Le secrétariat a indiqué dans sa note informelle contenant le projet de classification (24 mai 1991) qu'il en établirait une version révisée sur la base des observations formulées par les participants. La liste ci-jointe tient compte dans la mesure du possible de ces observations. Elle pourra, bien entendu, faire l'objet d'autres modifications, en fonction de l'évolution des négociations sur les services et des travaux en cours dans d'autres instances.

Secteurs et sous-secteurs

Correspondance avec la CPC Section B : [...]

1. Services fournis aux entreprises

A. SERVICES PROFESSIONNELS

- a. Services juridiques [861]
- b. Services comptables, d'audit et de tenue de livres, [862]
- c. Services de conseil fiscal, [863]
- d. Services d'architecture, [8671]
- e. Services d'ingénierie, [8672]
- f. Services intégrés d'ingénierie, [8673]
- g. Services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère, [8674]
- h. Services médicaux et dentaires, [9312]
- i. Services vétérinaires, [932]
- j. Services des accoucheuses, infirmières et physiothérapeutes, et du personnel paramédical, [93191]
- k. Autres services

B. SERVICES INFORMATIQUES ET SERVICES CONNEXES

- a. Services de consultation en matière d'installation des matériels informatiques, [841]
- b. Services de réalisation de logiciels, [842]
- c. Services de traitement de données, [843]
- d. Services de base de données, [844]
- e. Autres services, [845] + [849]

C. SERVICES DE RECHERCHE-DÉVELOPPEMENT

- a. Services de R&D en sciences naturelles, [851]
- b. Services de R&D en sciences sociales et sciences humaines, [852]
- c. Services fournis à la R&D interdisciplinaire, [853]

D. SERVICES IMMOBILIERS

- a. Services immobiliers se rapportant à des biens propres ou loués [821]
- b. Services immobiliers à forfait ou sous contrat, [822]

E. SERVICES DE CRÉDIT-BAIL OU DE LOCATION SANS OPÉRATEURS

- a. Services de location simple ou en crédit-bail de bateaux, [83103]
- b. Services de location simple ou en crédit-bail d'aéronefs, [83104]
- c. Services de location simple ou en crédit-bail d'autres matériels de transport, [83101] + [83102] + [83105]
- d. Services de location simple ou en crédit-bail d'autres machines et matériel, [83106] - [83109]
- e. Autres services, [832]

F. AUTRES SERVICES FOURNIS AUX ENTREPRISES

- a. Services de publicité, [871]
- b. Services d'études de marché et de sondages, [864]
- c. Services de conseil en gestion, [865]
- d. Services connexes aux services de consultation en matière de gestion, [866]
- e. Services d'essais et d'analyses techniques, [8676]
- f. Services annexes à l'agriculture, à la chasse et à la sylviculture, [881]
- g. Services annexes à la pêche, [882]
- h. Services annexes aux industries extractives [883] + [5115]
- i. Services annexes aux industries manufacturières [884] + [885] (sauf [88442])
- j. Services annexes à la distribution d'énergie, [887]
- k. Services de placement et de fourniture de personnel, [872]

- l. Services d'enquêtes et de sécurité, [873]
- m. Services connexes de consultations scientifiques et techniques, [8675]
- n. Services de maintenance et de réparation de matériel (à l'exclusion des navires pour la navigation maritime, aéronefs ou autres matériels de transport), [633] + [8861] - [8866]
- o. Services de nettoyage de bâtiments, [874]
- p. Services photographiques, [875]
- q. Services d'emballage, [876]
- r. Services d'impression et de publication, [88442]
- s. Services de congrès, [87909*]
- t. Autres services, [8790]

2. Services de communication

- A. SERVICES POSTAUX, [7511]
- B. SERVICES DE COURRIER, [7512]
- C. SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS
 - a. Services de téléphone, [7521]
 - b. Services de transmission de données avec commutation par paquets, [7523**]
 - c. Services de transmission de données avec commutation de circuits, [7523**]
 - d. Services de télex, [7523**]
 - e. Services de télégraphe, [7522]
 - f. Services de télécopie, [7521**] + [7529**]
 - g. Services par circuits loués privés, [7522**] + [7523**]
 - h. Services de courrier électronique, [7523**]
 - i. Services d'audiomessagerie téléphonique, [7523**]
 - j. Services directs de recherche d'informations permanente et de serveur de bases de données, [7523*]
 - k. Services d'échange électronique de données, [7523**]
 - l. Services à valeur ajoutée/améliorés de télécopie, y compris enregistrement et retransmission et enregistrement et recherche, [7523**]
 - m. Services de conversion de codes et de protocoles, [n. c.]
 - n. Services de traitement direct de l'information et/ou de données (y compris traitement de transactions), [843**]
 - o. Autres services
- D. SERVICES AUDIOVISUELS
 - a. Services de production et de distribution de films cinématographiques et bandes vidéo, [9611]
 - b. Services de projection de films cinématographiques, [9612]
 - c. Services de radio et de télévision, [9613]
 - d. Services de diffusion radiophonique et télévisuelle, [7524]
 - e. Services d'enregistrement sonore, [n. c.]
 - f. Autres services
- E. AUTRES SERVICES

3. Services de construction et services d'ingénierie connexes

- A. TRAVAUX D'ENTREPRISES GÉNÉRALES DE CONSTRUCTION DE BÂTIMENTS, [512]
- B. TRAVAUX D'ENTREPRISES GÉNÉRALES DE CONSTRUCTION D'OUVRAGES DE GÉNIE CIVIL, [513]
- C. TRAVAUX DE POSE D'INSTALLATIONS ET DE MONTAGE, [514 + 516]

- D. TRAVAUX D'ACHÈVEMENT DES BÂTIMENTS ET DE FINITION, [517]

- E. AUTRES SERVICES, [511] + [515] + [518]

4. Services de distribution

- A. SERVICES DE COURTAGE, [621]
- B. SERVICES DE COMMERCE DE GROS, [622]
- C. SERVICES DE COMMERCE DE DÉTAIL, [631] + [632] [6111] + [6113] + [6121]
- D. SERVICES DE FRANCHISAGE [8929]
- E. AUTRES SERVICES

5. Services d'éducation

- A. SERVICES D'ENSEIGNEMENT PRIMAIRE, [921]
- B. SERVICES D'ENSEIGNEMENT SECONDAIRE, [922]
- C. SERVICES D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR, [923]
- D. SERVICES D'ENSEIGNEMENT POUR ADULTES, [924]
- E. AUTRES SERVICES D'ENSEIGNEMENT, [929]

6. Services concernant l'environnement

- A. SERVICES DE VOIRIE, [9401]
- B. SERVICES D'ENLÈVEMENT DES ORDURES, [9402]
- C. SERVICES D'ASSAINISSEMENT ET SERVICES ANALOGUES, [9403]
- D. AUTRES SERVICES

7. Services financiers

- A. TOUS LES SERVICES D'ASSURANCE ET RELATIFS À L'ASSURANCE, [812**]
 - a. Services d'assurance sur la vie, l'accident et la maladie, [8121]
 - b. Services d'assurance autre que sur la vie, [8129]
 - c. Services de réassurance et de rétrocession, [81299**]
 - d. Services auxiliaires à l'assurance (y compris services de courtage et d'agence), [8140]
- B. SERVICES BANCAIRES ET AUTRES SERVICES FINANCIERS (À L'EXCLUSION DE L'ASSURANCE)
 - a. Acceptation de dépôts et d'autres fonds remboursables du public, [81115] - [81119]
 - b. Prêts de tout type, y compris, entre autres, crédit à la consommation, crédit hypothécaire, affacturage et financement de transactions commerciales, [8113]
 - c. Crédits-bails, [8112]
 - d. Tous services de règlement et de transferts monétaires, [81339**]
 - e. Garantie et engagements, [81199**]
 - f. Opérations pour compte propre ou pour compte de clients, que ce soit dans une bourse, sur un marché hors cote ou autre, sur:
 - instruments du marché monétaire (chèques, effets, certificats de dépôt, etc.), [81339**]
 - devises, [81333]
 - produits dérivés, y compris, mais pas uniquement, instruments à terme, et options, [81339**]
 - instruments du marché des changes et du marché monétaire, y compris swaps, accords de taux à terme, etc., [81339**]
 - valeurs mobilières négociables, [81321*]

– autres instruments et actifs financiers négociables, y compris métal, [81339**]

g. Participation à des émissions de tout type de valeurs mobilières, y compris garantie et placement en qualité d'agent (dans le public ou à titre privé) et prestation de services relatifs à ces émissions, [8132]

h. Courtage monétaire, [81339**]

i. Gestion d'actifs, par exemple gestion de trésorerie ou de portefeuille, toutes formes de gestion d'investissement collectif, gestion de fonds de pension, services de dépositaire et services fiduciaires, [81323*]

j. Services de règlement et de compensation afférents à des actifs financiers, y compris valeurs mobilières, produits dérivés et autres instruments, négociables, [81339**] ou [81319**]

k. Services de conseil et autres financiers auxiliaires à toutes les activités reprises à l'article 1B du document MTN.TNC/W/50, y compris cote de ou 8133 crédit et analyse financière, recherche et conseil en investissements et en placements et conseil en matière d'acquisitions, de restructurations et de stratégies d'entreprises, [8131]

l. Fourniture et transfert d'informations financières, et traitement de données financières et logiciels y relatifs, par les fournisseurs d'autres services financiers, [8131]

C. AUTRES SERVICES

8. Services de santé et services sociaux (autres que ceux de la partie 1.a.h-j.)

A. SERVICES HOSPITALIERS, [9311]

B. AUTRES SERVICES DE SANTÉ HUMAINE, [9319] (autres que ceux du n° 93191)

C. SERVICES SOCIAUX, [933]

D. AUTRES SERVICES

9. Services relatifs au tourisme et aux voyages

A. SERVICES D'HÔTELLERIE ET DE RESTAURATION (y compris les services de traiteur), [641-643]

B. SERVICES D'AGENCES DE VOYAGES ET D'ORGANISATEURS TOURISTIQUES, [7471]

C. SERVICES DE GUIDES TOURISTIQUES, [7472]

D. AUTRES SERVICES

10. Services récréatifs, culturels et sportifs (autres que les services audiovisuels)

A. SERVICES DE SPECTACLES (y compris pièces de théâtre, orchestres, et cirques), [9619]

B. SERVICES D'AGENCES DE PRESSE, [962]

C. SERVICES DES BIBLIOTHÈQUES, ARCHIVES, MUSÉES ET AUTRES SERVICES CULTURELS, [963]

D. SERVICES SPORTIFS ET AUTRES SERVICES RÉCRÉATIFS, [964]

E. AUTRES SERVICES

11. Services de transports

A. SERVICES DE TRANSPORTS MARITIMES

a. Transports de voyageurs, [7211]

b. Transports de marchandises, [7212]

c. Location de navires avec équipage, [7213]

d. Maintenance et réparation de navires, [8868**]

e. Services de poussage et de remorquage, [7214]

f. Services annexes des transports maritimes, [745**]

B. SERVICES DE TRANSPORTS PAR LES VOIES NAVIGABLES INTÉRIEURES

a. Transports de voyageurs, [7221]

b. Transports de marchandises, [7222]

c. Location de navires avec équipage, [7223]

d. Maintenance et réparation de navires, [8868**]

e. Services de poussage et de remorquage, [7224]

f. Services annexes des transports par les voies navigables intérieures, [745**]

C. SERVICES DE TRANSPORTS AÉRIENS

a. Transports de voyageurs, [731]

b. Transports de marchandises, [732]

c. Location d'aéronefs avec équipage, [734]

d. Maintenance et réparation d'aéronefs, [8868**]

e. Services annexes des transports aériens, [746]

D. TRANSPORT SPATIAL, [733]

E. SERVICES DE TRANSPORTS FERROVIAIRES

a. Transports de voyageurs, [7111]

b. Transports de marchandises, [7112]

c. Service de poussage et de remorquage, [7113]

d. Maintenance et réparation du matériel de transports ferroviaires, [8868**]

e. Services annexes des transports ferroviaires, [743]

F. SERVICES DE TRANSPORTS ROUTIERS

a. Transports de voyageurs, [7121] + [7122]

b. Transports de marchandises, [7123]

c. Location de véhicules commerciaux avec chauffeur, [7124]

d. Maintenance et réparation du matériel de transport routier, [6112] + [8867]

e. Services annexes des transports routiers, [744]

G. SERVICES DE TRANSPORTS PAR CONDUITES

a. Transports de combustibles, [7131]

b. Transports d'autres marchandises, [7139]

H. SERVICES ANNEXES ET AUXILIAIRES DE TOUS LES MODES DE TRANSPORT

a. Services de manutention des marchandises, [741]

b. Services d'entreposage et de magasinage, [742]

c. Services des agences de transports de marchandises, [748]

d. Autres services, [749]

I. AUTRES SERVICES DE TRANSPORTS

12. autres services non compris ailleurs

[95] + [97] + [98] + [99];

* fait partie d'une position de la CPC, reprise ailleurs dans la présente liste, dont le niveau d'agrégation est plus élevé.

** constitue une partie seulement de l'ensemble des activités visées par la position correspondante de la CPC (par exemple, le courrier téléphonique n'est qu'une composante de la position 7523 de la CPC).

Annexe 4

Etat des négociations dans les principaux secteurs de services publics

Services postaux et de courrier

Secteur postal : six membres ont pris des engagements spécifiques, dont deux ouvrent leur secteur intégralement.

Secteur du courrier : trente-trois membres ont pris des engagements spécifiques ; certains Etats ont ouvert ce secteur à la concurrence sans prendre d'engagements dans leur liste.

La CE n'a contracté aucun engagement, sauf l'Australie (courrier).

La CE a des intérêts offensifs dans ce secteur qui représente 1,5 % du PIB européen, 1,5 million d'emplois publics et un chiffre d'affaires de 26 milliards d'euros (plus 13 milliards découlant des services financiers). Les Etats-Unis ont une position défensive, leur marché étant beaucoup moins libéralisé.

Moins de la moitié des pays ayant soumis des propositions à la CE demandent des engagements spécifiques dans ce secteur. A noter qu'un Etat demande des engagements visant à prévenir l'emploi des revenus tirés du monopole de ces services pour subventionner les services de distribution exprès.

L'offre de la CE consolide la libéralisation actuelle du secteur en confirmant l'accès au marché pour les fournisseurs étrangers dans les secteurs déjà ouverts à la concurrence par la première directive postale de 1997 (notamment les colis, le courrier express et les lettres de plus de 350 grammes). Les obligations de service public sont préservées.

Services de télécommunications

Quatre-vingt neuf membres ont pris des engagements dans ce secteur. Tous les pays développés ont pris des engagements en matière de services de base et la majeure partie en matière de services à valeur ajoutée. Cinquante-deux économies émergentes ont pris des engagements en matière de ser-

vice de base et la plupart également en matière de services à valeur ajoutée.

Les engagements de la CE reflètent l'ouverture complète de son marché intérieur des télécommunications. Un certain nombre de restrictions nationales demeurent (notamment sur la propriété étrangère en France). La CE a également pris des engagements sur les principes réglementaires : ils prévoient l'indépendance du régulateur, des mesures contre les pratiques anticoncurrentielles et pour l'interconnexion avec les fournisseurs importants, une attribution équitable des ressources limitées (fréquences et numéros), des procédures appropriées d'attribution des licences et la neutralité des obligations en matière de service universel.

La CE a des intérêts offensifs dans ce secteur ; elle détient environ 28 % du marché mondial estimé à 1 200 milliards d'euros. Le marché est en croissance de 5 à 6 % tiré par les services mobiles et Internet. La progression de la France a été de 20 % pour la décennie 1990-2000.

La moitié des demandes reçues par la CE concernent les services de télécommunications. Toutes visent l'élimination des restrictions nationales restantes.

L'offre de la CE propose de garantir l'accès total des opérateurs étrangers au marché intérieur, tout en préservant la possibilité d'imposer des obligations de service universel. Elle propose également l'élimination de certaines restrictions comme celle interdisant à des entreprises de télécommunications de s'engager dans des activités extra-sectorielles (services informatiques par exemple) ou celle prohibant la fourniture de services transfrontières. Elle demande des engagements du même niveau à ses partenaires.

Services audiovisuels

Dix-neuf membres ont pris des engagements dans ce secteur, la plupart les assortissant d'exemptions à la clause de la nation la plus favorisée.

La CE n'a pris aucun engagement dans le secteur audiovisuel. Elle a en outre inscrit des exemptions à la clause NPF :

- ▶ droits correcteurs contre les pratiques des prix déloyales des distributeurs des œuvres audiovisuelles ;
- ▶ extension du traitement national aux œuvres audiovisuelles qui remplissent certains critères linguistiques et d'origine concernant la radio-diffusion (pour les pays européens), ainsi qu'aux œuvres audiovisuelles couvertes par des accords de coproduction (pour tous les pays avec qui un tel accord peut être conclu) ;
- ▶ admission au bénéfice des programmes comme MEDIA et EURIMAGES des œuvres et fournisseurs répondant aux critères européens d'origine (pour les pays européens).

La CE a des intérêts défensifs dans ce secteur (excepté quelques grands groupes, comme Vivendi), visant à défendre les quotas de diffusion et les subventions à la production. Elle est divisée entre les partisans d'une offre limitée à la musique et les opposants à toute offre (dont la France, où les parts de marché du cinéma représentent 42 % sur le marché national en 2001, contre 20 % pour le cinéma européen en Europe). Les services audiovisuels constituent le deuxième poste d'exportations des Etats-Unis.

La moitié des demandes reçues par la CE concerne le secteur audiovisuel. Deux membres demandent une ouverture complète du secteur, pour tous les modes. La plupart d'entre eux demandent la suppression des exemptions de la clause NPF. Les services radio et télévision sont moins visés, mais l'élimination des quotas, l'inscription sur la liste des mesures discriminatoires et la réduction des subventions discriminatoires sont requises.

L'offre de la Commission n'introduit pas de changements au régime actuel. Aucun engagement n'est pris et les exemptions à la clause NPF sont maintenues.

Services d'éducation

Quarante-et-un membres ont pris des engagements dans ce secteur (26 prévoient des exemptions à la clause NPF).

La CE a contracté des engagements dans les sous-secteurs de l'enseignement privé, secondaire, supérieur et destiné aux adultes. En règle générale, les engagements s'appliquent uniquement aux services d'enseignement du secteur privé. Les engagements de divers pays sont soumis à des restrictions spécifiques, notamment la condition de nationalité (France) et l'obligation d'examen des besoins économiques.

Les positions européennes sont défensives. Les Etats-Unis sont le premier exportateur de services éducatifs (qui constituent leur cinquième poste d'exportations), suivis de la France, de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne.

Les demandes adressées à la CE visent principalement le domaine de l'enseignement supérieur et celui de l'enseignement aux adultes, où elles cherchent à éliminer les restrictions sur tous les modes de fourniture et à obtenir des engagements illimités en matière d'accès au marché et de

traitement national pour tous les modes de fourniture dans les domaines non encore soumis à engagement. Certains pays demandent également que soient levées les réserves existantes touchant l'enseignement primaire et secondaire.

La CE n'offre aucun engagement supplémentaire. L'organisation du système éducatif demeure une compétence étatique.

Services de santé et sociaux

Trente-neuf membres ont pris des engagements dans le domaine des services hospitaliers. De nombreux pays en développement ont pris des engagements étendus dans ce secteur.

La CE a pris des engagements dans le secteur des services de santé et des services sociaux (uniquement dans le sous-secteur des maisons de convalescence et de repos). La Finlande et la Suède n'ont pris aucun engagement. Les engagements de la CE comportent un certain nombre de limitations spécifiques selon les pays, essentiellement en ce qui concerne l'examen des besoins économiques.

Seul un nombre très limité de demandes, émanant essentiellement des pays en développement, portent sur les services sanitaires et sociaux. Elles demandent la suppression des limitations en particulier pour les modes 3 (présence commerciale) et 4 (mouvement temporaire de personnes physiques).

La Commission ne propose pas d'engagements dans ces deux secteurs. Les Etats membres conservent la droit de décider du mode d'organisation de leur système de santé.

Services relatifs à l'énergie

La classification W/120 ne comprend pas de secteur spécifique des services relatifs à l'énergie. L'élaboration d'une classification adéquate est en cours.

Trois membres ont pris des engagements en matière de services de transport de combustibles par conduites.

Huit membres ont pris des engagements en matière de services liés à la distribution d'énergie.

Trente-trois membres ont pris des engagements liés à des services d'extraction.

D'autres engagements ont été pris dans les domaines de la construction, de la recherche et développement, des services de conseil.

La CE a pris des engagements dans le domaine des services de conseil et de consultation annexes aux industries extractives ainsi que des services d'entreposage en vrac de liquides ou de gaz.

Les intérêts de la CE sont offensifs en ce qui concerne les services pétroliers, para-pétroliers et les énergies renouvelables. Sa position est plus mitigée pour les énergies de réseaux et le nucléaire.

Peu de demandes adressées à la CE concernent les services d'énergie de manière distincte. Les demandes portent sur une extension du champ d'application pour les services annexes aux industries extractives et l'adoption d'engagements sans limitation pour les sous-secteurs non consolidés

(services annexes à la distribution d'énergie par exemple).

L'offre de la CE ne prévoit pas de nouveaux engagements, dans l'attente de l'accomplissement des travaux de révision de la classification W/120. A noter que l'ouverture du secteur européen à la concurrence est liée à des exigences réglementaires importantes que la CE entend préserver.

Services concernant l'environnement

Vingt-neuf membres ont pris des engagements en matière de services de voirie et d'enlèvement d'ordures.

Trente membres ont pris des engagements en matière de services d'assainissement et services analogues.

Malgré leur nombre réduit, les membres ayant pris des engagements représentent 86 % du PIB mondial.

La quasi-totalité des services classés dans la liste W/120 sont couverts par les engagements de la CE. Des restrictions sont apportées pour le mode 4.

Les intérêts CE sont offensifs, dans un marché estimé à 250 milliards euros. En matière de services d'adduction d'eau et d'assainissement (120 milliards), les entreprises françaises sont des leaders mondiaux. Cependant, moins de 10 % de la population mondiale est desservie par des opérateurs privés.

Les demandes se fondent en partie sur la proposition de la CE de classification révisée qui couvre particulièrement les services de captage, de purification et de distribution d'eau.

Etant donné le niveau élevé des engagements de la CE, les demandes visent essentiellement à l'élimination des restrictions restantes. Certaines

requièrent des engagements sans limitation pour la fourniture transfrontière de tous les services concernant l'environnement. Seule une demande vise à obtenir des engagements en mode 1 et mode 4 pour les services de captage, de purification et d'adduction d'eau.

L'offre de la CE, basée sur la proposition de classification révisée, prévoit l'ouverture des services d'évacuation des eaux usées, de services d'assainissement et services semblables. Elle accorde également le traitement national et l'accès au marché pour les services de réduction du bruit et des vibrations. Les services de protection de la biodiversité et du paysage pourront être offerts en mode 1 (fourniture transfrontière). L'offre prend des engagements en mode 4, autorisant le déplacement de personnes qualifiées pour une durée maximale de six mois, notamment dans le domaine du conseil.

Contrairement à ce qui avait été annoncé, l'offre de la CE ne comporte pas d'engagements dans le domaine des services de captage, de purification et de distribution d'eau.

Sources :

WTO Secretariat, 2001. Guide to the GATS, An overview of issues for further liberalization of trade in services. Kluwer Law International, The Hague.

European Commission, 2003. Summary of the Commission's proposal for the EU's services offer. April.

Commission européenne, 2002. Demande des membres de l'OMC à la CE et à ses Etats membres en faveur de l'amélioration de l'accès au marché pour les services. Document de consultation. Novembre.