

Trois conclusions majeures se dégagent de l'avis de droit du Professeur Mathias-Charles Krafft:

- Le Professeur Krafft constate que beaucoup d'incertitudes subsistent concernant la signification et la portée exactes des règles du GATS en particulier pour ce qui touche les engagements déjà pris par la Suisse dans le domaine de l'éducation. En effet, **il n'est pas possible de dire si ces engagements ont un impact sur la notion de service public et de subventions publiques** telle qu'elle est considérée dans les cantons. Dans ce contexte, le Professeur Krafft considère que les doutes et les inquiétudes manifestés à ce sujet par la CDIP sont pleinement légitimes.
- S'agissant de savoir s'il est possible de supprimer ou de diminuer les effets non désirés de ces engagements, le Professeur Krafft constate qu'il n'est pas réaliste que le Conseil fédéral puisse engager la procédure de modification de sa liste d'engagements spécifiques telle qu'elle est prévue à l'article XXI du GATS. Il relève en effet qu'indépendamment de toute considération d'opportunité politique, cette procédure est fort complexe et qu'elle obligerait la Suisse à négocier des compensations dans d'autres secteurs que celui de l'éducation (par exemple l'agriculture ou les télécommunications). En conséquence, force est de considérer que **les engagements souscrits par la Suisse en matière d'éducation lors de l'Uruguay Round sont définitifs**.
- Compte tenu de cette situation, le Professeur Krafft propose une piste de travail pour les négociations à venir (Doha Round). Il s'agirait pour la Suisse d'adopter une « **Déclaration interprétative** » afin de clarifier et de préciser la portée des engagements pris dans le domaine de l'éducation. A cet égard, l'ouverture d'un nouveau cycle de négociations au sein du GATS donne à la Suisse l'occasion d'entreprendre une telle démarche. Le Professeur Krafft indique deux voies possibles pour faire valoir une telle « Déclaration interprétative » : soit la voie politique proposée par la Commission européenne et visant à une action sur le plan international, soit une voie plus juridique se fondant sur la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Les effets et la portée des engagements pris par la Suisse dans le cadre du GATS sur le système de l'éducation suisse

Rapport rédigé, à l'attention du

Département fédéral de l'intérieur

et de la

Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique,

par

Mathias-Charles Krafft,

ancien chef de la Direction du droit international public au DFAE,
Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Février 2003

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| <u>A) Introduction</u> | 3 |
| I | |
| <u>Le GATS et ses caractéristiques dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)</u> | 3 |
| II | |
| <u>Les règles applicables à l'interprétation du GATS</u> | 7 |
| III | |
| <u>La modification des listes d'engagements spécifiques</u> | 8 |
| <u>B) Réponses aux questions posées par le Département fédéral de l'intérieur et la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique</u> | 10 |
| I | |
| <u>Quels sont la signification et l'impact des engagements déjà pris par la Suisse (en 1994) au titre du GATS dans le domaine de l'éducation, en particulier en ce qui concerne l'école obligatoire ainsi que le degré secondaire II et le degré tertiaire ?</u> | 10 |
| II | |
| <u>Quelles sont les possibilités de supprimer et / ou de diminuer les effets non désirés de ces engagements ?</u> | 25 |
| III | |
| <u>Dans le domaine de l'éducation, la notion de service public et le système des subventions publiques sont-ils touchés et remis en cause par les règles du GATS (les lois cantonales et fédérales en la matière seraient-elles considérées comme des 'entraves au commerce') ?</u> | 34 |
| IV | |
| <u>Quelle est la portée juridique du GATS par rapport à d'autres textes (accords / conventions / déclarations) multilatéraux ou bilatéraux (p. ex. accords conclus avec les pays voisins sur la reconnaissance des équivalences dans l'enseignement supérieur, convention de Lisbonne, déclaration de Bologne) ? Quelle est l'incidence du GATS sur leur validité / leur validité en est-elle restreinte à certains égards ? Par exemple : la clause du « pays le plus favorisé » est-elle applicable aux accords sur la reconnaissance des équivalences ?</u> | 40 |
| <u>C) Résumé et conclusions générales</u> | 47 |
| <u>D) Annexes</u> | 53 |
| <u>Engagements spécifiques de la Suisse dans le secteur de l'éducation</u> | 53 |
| <u>Principaux ouvrages consultés</u> | 55 |

A) Introduction

I

Le GATS et ses caractéristiques dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

1. Le nouvel Accord sur les services, ci-après GATS (« General Agreement on Trade in Services », Accord général sur le commerce des services) intègre pour la première fois la totalité du secteur des services au système multilatéral réglant le commerce mondial¹. Le GATS fait partie intégrante de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC)². Avec l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)³, et avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁴, le GATS constitue l'un des trois piliers de l'OMC. Il est entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1995, en même temps que les autres accords conclus à Marrakech le 15 avril 1994 à l'issue des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay (Uruguay Round).

Il peut être utile de rappeler que le GATT – du moins tel qu'il a été négocié en 1947 – était axé sur la réglementation et la libéralisation des mesures à la frontière qui restreignaient le commerce international des marchandises⁵. L'un de ses principes fondamentaux est que, en règle générale, toutes les mesures à la frontière qui donnent un avantage compétitif aux produits nationaux devraient prendre la forme de droits de douane imposés à la frontière et que le niveau de ces droits devrait faire l'objet de négociations « visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres entraves aux échanges et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international »⁶.

Le commerce des services pose à cet égard des problèmes différents. La prestation internationale de services est une opération complexe⁷, qui est directement liée à la libre circulation et au libre établissement des personnes, à la liberté des paiements internationaux, ainsi qu'à la liberté des investissements. Cette spécificité est une des raisons pour lesquelles le droit international du

¹ Cf. le message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 IV 237. Voir, en général, Heinz Hauser / Kai-Uwe Schanz, « Das neue Gatt - Die Welthandelsordnung nach Abschluss der Uruguay-Runde », Munich 1995, 2ème édition, p. 191 et ss; Richard Senti, « WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung », Zurich 2000, p. 563 et ss.

² RS 0.632.20

³ RS 0.632.21

⁴ RS 0.632.20

⁵ Lire à ce sujet la note d'information du Secrétariat de l'OMC intitulée : « Les principes fondamentaux de l'OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence », document WT / WGTCP / W / 114 du 14 avril 1999, p. 4 et ss.

⁶ Cf. le préambule du GATT, considérant 2. Cf. aussi le préambule de l'Accord instituant l'OMC, considérant 3.

⁷ Lire à ce sujet : « Dominique Carreau / Patrick Juillard, Droit international économique, 4ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1998, p. 316 et ss.

commerce – du moins celui qui a une vocation universelle – s’est pendant longtemps limité aux seules marchandises. Le rôle croissant du secteur des services, tant dans l’économie interne que dans les échanges internationaux⁸, a conduit les négociateurs du GATS à trouver une voie originale permettant d’appréhender le secteur des services. Il était en effet exclu, pour l’OMC, de suivre l’approche globale et cohérente du droit communautaire fondée sur le jeu combiné des grandes libertés de circulation concernées (personnes, services et capitaux)⁹. Cette nouvelle méthode repose, en particulier, sur la distinction entre plusieurs modes de fourniture de services (voir ch. 3 ci-après).

2. Le GATS contient deux types de dispositions. Les premières énoncent des obligations générales, dont certaines s’appliquent à tous les secteurs de services (exemples : traitement de la nation la plus favorisée, art. II ; transparence, art. III), et d’autres uniquement aux engagements spécifiques inscrits dans des listes (par exemple : paiements et transferts, art. XI). Les secondes contiennent des engagements spécifiques, qui sont des engagements négociés, particuliers à chaque Etat contractant. Au terme des négociations, les engagements spécifiques ainsi contractés sont inscrits dans des listes nationales qui sont annexées au GATS et en font partie intégrante¹⁰. Les obligations et engagements qui découlent des dispositions du GATS sont des obligations de droit international qui doivent être exécutées par les parties à l’Accord de bonne foi (« Pacta sunt servanda »)¹¹.
3. L’article premier du GATS donne la définition du commerce des services à son paragraphe 2. Selon cette disposition, il convient de distinguer quatre modes de fourniture dans le commerce des services¹² :

La première catégorie vise la fourniture transfrontalière de services au sens étroit du terme ; le service passe la frontière en tant que produit. Ce mode de fourniture est comparable au commerce des marchandises et gagne en importance aussi dans le secteur des services grâce aux progrès des technologies de communication.

La deuxième catégorie concerne l’utilisation d’un service par un consommateur étranger qui se rend dans un autre pays pour le consommer. Un exemple souvent cité est le tourisme.

⁸ En ce qui concerne l’intérêt que présente le GATS pour la Suisse, cf. le message du Conseil fédéral cité à la note 1, FF 1994 IV 269 à 272.

⁹ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 321.

¹⁰ Cf. les 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, document de l’OMC S / L / 92 du 28 mars 2001, p. 3. Voir aussi l’article XX, paragraphe 3, du GATS.

¹¹ Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111). Cette disposition ne fait que refléter un principe de droit international coutumier qui, à ce titre, liait déjà la Suisse avant l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne à son égard.

¹² Cf. le message du Conseil fédéral cité à la note 1, FF 1994 IV 240/241.

La troisième catégorie concerne la fourniture d'un service par une présence commerciale à l'étranger. Dans ce cas, le commerce des services est souvent lié à des investissements directs (succursales et filiales de banques, par exemple). Enfin, la dernière catégorie vise la fourniture de services par des fournisseurs se rendant personnellement à l'étranger à cette fin. Le service sera ici offert grâce à la présence de personnes physiques étrangères.

La disposition précitée du GATS (art. 1^{er}) précise que l'Accord couvre essentiellement toutes les activités de services et le commerce international de services sous toutes ses formes. Les engagements découlant de l'Accord concernent les mesures prises par un Etat à tous les niveaux (art. 1^{er}, par. 3, lettre a). Selon le message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994, en Suisse, les dispositions du GATS s'appliquent donc non seulement à la Confédération, mais aussi aux cantons et aux communes, dans la mesure où ces entités réglementent l'accès aux marchés et l'exercice d'activités de services par les privés¹³. Ne sont pas soumis à l'Accord, en revanche, les services fournis par l'Etat « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (art. 1^{er}, par. 3, lettre b), par quoi il faut entendre les services qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs de services (art. 1^{er}, par. 3, lettre c). Nous reviendrons sur l'interprétation qu'il convient de donner à cette clause d'exclusion lorsque nous traiterons la question de son application aux domaines de l'éducation et de la formation.¹⁴

4. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut (ch. 2), le GATS contient deux types de dispositions. La deuxième catégorie comporte les engagements spécifiques des Etats membres qui se concrétisent dans leurs listes. Ces dernières doivent préciser les restrictions applicables au commerce des services quant à leurs divers modes de fourniture (cf. ch. 3 ci-dessus) au regard de deux clauses particulières du GATS, l'accès aux marchés (art. XVI) et le traitement national (art. XVII). C'est dire que tant l'accès au marché que le traitement national ont une portée qui dépend de la seule volonté des Etats membres¹⁵.

Conformément aux lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques¹⁶, l'Etat qui inscrit des restrictions dans sa liste prend l'engagement de consolider les restrictions existantes et de ne pas les rendre plus restrictives. En d'autres termes, l'Etat qui contracte un engagement dans un secteur déterminé doit indiquer, pour chaque mode de fourniture qu'il consolide dans ce secteur,

- les limitations qu'il continue, le cas échéant, d'appliquer en ce qui concerne l'accès au marché ;
- les limitations qu'il continue, le cas échéant, d'appliquer en ce qui concerne le traitement national.

¹³ FF 1994 IV 244

¹⁴ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 2, ci-après.

¹⁵ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 359. Ajoutons à ce sujet que l'article XX du GATS prévoit que chaque membre indiquera dans sa liste les engagements spécifiques qu'il contracte, la liste devant préciser, en ce qui concerne les secteurs visés, les modalités, limitations et conditions se rapportant, par exemple, à l'accès aux marchés.

¹⁶ Cf. la note 10 ci-dessus.

Concrètement, étant donné que le texte des listes des Etats membres est la source d'engagements juridiquement contraignants, il est important que les termes utilisés dans ces listes soient uniformes et précis. Selon la mesure dans laquelle un Etat aura limité l'accès à son marché ou le traitement national, les situations principales suivantes peuvent être envisagées pour chaque engagement concernant chaque mode de fourniture de services :

- Engagements sans limitation :
Dans ce cas, l'Etat ne cherche pas à limiter l'accès à son marché ou le traitement national dans un secteur et pour un mode de fourniture donnés. L'Etat qui se trouve dans cette situation inscrit dans la colonne appropriée la mention : « Néant » (« None »).
- Absence d'engagements :
Dans cette situation, l'Etat 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 et/ou le traitement national. Il porte alors dans la colonne appropriée la mention : « Non consolidé » (« Unbound »).

Le tableau ci-après, établi par le Secrétariat de l'OMC, permet de mieux comprendre le système des engagements spécifiques :

Liste d'engagements spécifiques du pays x

| Secteur ou sous-secteur | Limitations concernant l'accès au marché | Limitations concernant le traitement national | Engagements additionnels |
|-------------------------|--|---|--------------------------|
| | 1) 2) 3) 4) | 1) 2) 3) 4) | |
| | 1) 2) 3) 4) | 1) 2) 3) 4) | |

Légende : 1) Fourniture transfrontière 3) Présence commerciale
2) Consommation à l'étranger 4) Présence des personnes physiques

Note : La liste devra aussi indiquer la date d'entrée en vigueur des engagements et, le cas échéant, le délai convenu pour leur mise en œuvre. Pour tous les engagements futurs, la date d'entrée en vigueur applicable devrait être indiquée.

5. Sur un plan plus général, il peut être utile de relever que, pour certains auteurs, la « libéralisation progressive » du commerce des services constitue l'objectif principal du GATS, ainsi que le note le préambule de l'Accord¹⁷. Le GATS

¹⁷ Cf. notamment Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 364.

constituerait alors « un code de bonne conduite »¹⁸ que les Etats membres seraient « invités » à mettre en œuvre afin de procéder à « une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives » (préambule, considérant 3). Il n'en demeure pas moins que cet objectif doit être réalisé dans « un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services » (préambule de l'Accord, considérant 2) « principes » et « règles » qui ont un caractère juridiquement contraignant et dont l'interprétation suit les règles générales du droit international (cf. chapitre II ci-après). La notion de « libéralisation progressive »¹⁹ ne saurait réduire la portée des engagements assumés par les Etats parties au GATS.

II

Les règles applicables à l'interprétation du GATS

1. Il est évident que les réponses données aux questions soulevées dans la présente étude dépendront largement des règles qui seront appliquées à l'interprétation des dispositions du GATS. Sur ce point, il convient de relever que l'article XXIII, paragraphe 1, du GATS prévoit, pour le règlement des différends, l'application du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends²⁰. En outre, ce Mémorandum contient un appendice 1 qui énumère les accords visés, parmi lesquels figure l'Accord général sur le commerce des services. Or l'article 3, paragraphe 2, dudit Mémorandum d'accord prévoit expressément que les membres de l'OMC reconnaissent que le système de règlement des différends de l'OMC a pour objet « de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».
2. Ces règles coutumières ont été codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités²¹, dont l'article 31 définit la « règle générale d'interprétation »²². Le paragraphe 1^{er} de cette disposition pose la règle selon laquelle « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». La soumission au texte du traité est ainsi, en droit international, la « règle cardinale de toute interprétation »²³, le contexte comprenant, outre le texte, préambule et

¹⁸ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 339.

¹⁹ Cf. aussi le message du Conseil fédéral cité à la note 1, FF 1994 IV 270. Cette notion doit être aussi clairement distinguée du caractère « flexible » des dispositions du GATS relevé par le Conseil fédéral notamment dans sa réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer du 20 mars 2002.

²⁰ RS 0.632.20

²¹ Cf. la note 11 ci-dessus.

²² Lire à ce sujet : Paul Reuter, Introduction au droit des traités, 2^{ème} édition, Presses universitaires de France, Paris 1985, p. 83 et ss. Voir aussi la publication du Secrétariat de l'OMC intitulée : « The WTO Dispute Settlement Procedures – A Collection of the Relevant Legal Texts », Cambridge University Press, WTO 2001.

²³ Paul Reuter, op. cit., p. 85.

annexes inclus, notamment « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ».

3. Le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, cité au ch. 1 ci-dessus, a prévu l'institution d'un organe d'appel permanent (art. 17), qui connaît des appels concernant des affaires soumises à des groupes spéciaux (« panels »). La pratique de cet organe relative au GATT²⁴ fait référence notamment à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et rappelle que les termes du traité constituent le fondement du processus interprétatif²⁵. Un principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale énoncée à l'article 31 est celui de l'effet utile. En outre, l'interprétation doit donner un sens et un effet à tous les termes d'un traité : « un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »²⁶. Nous n'avons pas de raison de penser que ces principes ne seraient pas applicables à l'interprétation du GATS²⁷.

III

La modification des listes d'engagements spécifiques

1. Nous avons vu qu'une liste apparaît comme la récapitulation des divers engagements spécifiques souscrits par les Etats parties au GATS à la suite de négociations portant sur la libéralisation des services (cf. chapitre I, ch. 4). Tout en ayant la même valeur juridique qu'un traité international, ces listes n'en présentent pas la même rigidité²⁸ : elles ne sont pas définitives et peuvent être modifiées en cas de besoin, mais pas de façon unilatérale et discrétionnaire. C'est l'objet de l'article XXI du GATS.

Tout d'abord, afin de garantir une certaine stabilité aux engagements spécifiques pris, aucune modification ne pourra intervenir avant une période de trois ans. C'est la règle de la consolidation triennale (art. XXI, par. 1, lettre a).

Ensuite et surtout, il existe un contrôle international de cette procédure de modification. Ainsi, chaque modification devra être notifiée au Conseil du commerce des services – organe créé par l'article IV, paragraphe 5, de l'Accord instituant l'OMC pour superviser le fonctionnement du GATS - trois mois au

²⁴ Nous n'avons pas connaissance d'une jurisprudence relative au GATS. L'article XXI de cet Accord prévoit par ailleurs une procédure d'arbitrage en cas de litige à propos de la modification des listes.

²⁵ Cf. notamment le rapport de l'organe d'appel du 4 octobre 1996 dans l'affaire « Japon – Taxes sur les boissons alcooliques » (AB – 1996 – 2), p. 14.

²⁶ Rapport cité à la note 25, p. 14.

²⁷ Il en va de même, en particulier, de la clause figurant à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux termes de laquelle il ne sera fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, que lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 soit laisse le sens d'un terme ambigu ou obscur, soit conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

²⁸ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 366.

moins avant sa mise en œuvre (art. XXI, par. 1, lettre b). Tout autre Etat partie affecté par cette mesure aura le droit de demander l'ouverture de négociations en vue d'obtenir des compensations appropriées qui seront accordées sur la base de la nation la plus favorisée, de façon à ne pas être discriminatoires (art. XXI, par. 2, lettres a et b).

Si aucun accord n'a pu être trouvé lors de ces négociations, l'Etat membre affecté pourra recourir à l'arbitrage (art. XXI, par. 3, lettre a). La licéité de la modification dépendra de l'octroi de la compensation éventuellement décidée par les arbitres. Si les conclusions de l'arbitrage ne sont pas respectées par la partie apportant la modification, la partie dite lésée aura alors le droit de retirer des avantages « substantiellement équivalents » (art. XXI, par. 4, lettre b) à l'encontre de la première partie et d'elle seule. Il s'agit, pour reprendre la formule des Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard²⁹, de la légalisation de mesures de « représailles économiques sélectives » comme réponse à une violation du droit.

2. Le Conseil du commerce des services a adopté, le 19 juillet 1999, des procédures pour la mise en œuvre de l'article XXI du GATS (Modification des listes)³⁰. Ces procédures contiennent des précisions intéressantes concernant la mise en œuvre de la disposition précitée. C'est ainsi, en particulier, que l'Etat dont l'intention est de modifier ou de retirer un engagement figurant sur sa liste doit, pour chaque engagement, indiquer si son intention est de le modifier ou de le retirer, en totalité ou en partie. Tout Etat membre qui considère que ses intérêts au titre de l'Accord peuvent être affectés par la modification ou le retrait projeté (« membre affecté ») doit communiquer par écrit sa déclaration d'intérêt à l'Etat apportant la modification et la notifier simultanément à tous les autres Etats par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC. Si aucun membre n'a présenté une déclaration d'intérêt faisant valoir qu'il est un « membre affecté », l'Etat qui apporte la modification sera libre de mettre en œuvre la modification, ou le retrait projeté après l'achèvement d'une « procédure de certification ». Selon cette procédure, les modifications apportées aux textes faisant foi des listes annexées au GATS prennent effet par voie de « certification ». Il appartient au Secrétariat de conduire cette procédure destinée, en particulier, à faire respecter les délais prévus à l'article XXI précité.

Enfin, il convient de relever que, dans l'application de ces procédures, les Etats membres sont invités à tenir pleinement compte des situations spéciales des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés.

²⁹ Op. cit., p. 366 et 367.

³⁰ Document de l'OMC S / L / 80 du 29 octobre 1999. Nous laissons de côté, pour le moment, la question de l'application de l'article X du GATS relatif aux mesures de sauvegarde d'urgence, disposition qui soulève des problèmes particuliers (voir plus loin, lettre B, chapitre II, ch. 2).

B) Réponses aux questions posées par le Département fédéral de l'intérieur et la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique

I

Quels sont la signification et l'impact des engagements déjà pris par la Suisse (en 1994) au titre du GATS dans le domaine de l'éducation, en particulier en ce qui concerne l'école obligatoire ainsi que le degré secondaire II et le degré tertiaire ?

1. Avant d'entreprendre l'analyse des engagements pris par la Suisse au titre du GATS dans le domaine de l'éducation, il convient de rappeler que les listes ont la même valeur juridique qu'un traité international (cf., dans l'Introduction, lettre A, le chapitre III, ch. 1, ci-dessus). Aux termes de l'article 191 de la constitution fédérale, le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer, en particulier, le droit international. La doctrine et la jurisprudence admettent, suivant en cela la conception moniste des relations entre le droit international et le droit interne, que les traités internationaux entrés en vigueur pour la Suisse font partie intégrante de son ordre juridique, sans qu'il soit nécessaire de les « transformer » par un acte de droit interne³¹. L'article 5, alinéa 4, de la constitution fédérale impose en outre à la Confédération et aux cantons l'obligation de respecter le droit international. Cette obligation s'adresse à tous les organes de l'Etat et découle du principe selon lequel le droit international l'emporte sur le droit interne³².

La question de la validité immédiate des traités dans l'ordre juridique suisse doit être clairement distinguée de celle de leur applicabilité directe³³. Cette dernière se définit comme l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits et des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités de l'Etat où cette règle est en vigueur. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour qu'une règle soit directement applicable, il faut que le contenu de la disposition en cause soit suffisamment clair et précis pour servir de fondement à une décision d'espèce³⁴. Conformément à l'article 10, 1^{er} alinéa, de la loi fédérale du 21 mars 1986 sur les recueils de lois et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles), les traités internationaux ne lient les particuliers que s'ils ont été portés à leur connaissance conformément à la présente loi³⁵.

³¹ Cf., en particulier, Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000, p. 444 et ss.

³² Cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit., p. 445 et 446.

³³ Cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit., p. 452 et ss.

³⁴ Cf. notamment ATF 124 III 90, 91-92, arrêt cité dans l'ouvrage cité à la note 31, p. 452.

³⁵ RS 170.512. Selon une note publiée au Recueil systématique du droit fédéral (0.632.20), la liste des engagements spécifiques de la Suisse peut être obtenue auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel à Berne. Cette mention devrait correspondre aux exigences de l'article 4 de ladite loi.

Dans leur manuel de droit international économique, les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard admettent l'applicabilité directe du GATS en soulignant que cet Accord s'applique non seulement à l'opération, à la prestation de services elle-même, mais aussi à ses fournisseurs³⁶. Si l'on considère que les listes d'engagements spécifiques doivent indiquer les restrictions applicables au commerce des services au regard de deux clauses particulières ayant un contenu bien précis (accès aux marchés et traitement national), nous ne voyons aucune raison de ne pas leur reconnaître un effet direct au sens où nous l'avons défini ci-dessus³⁶.

2. Le GATS, nous l'avons vu³⁸, englobe « tous les services de tous les secteurs » (art. 1^{er}, par. 3, lettre b). C'est dire qu'il n'existe aucune exception « per se » au champ d'application matériel de l'Accord³⁹. La seule exception « officialisée » concerne « les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (art. 1^{er}, par. 3, lettre b), par quoi il faut entendre les services fournis en dehors de toute considération « commerciale », comme la justice ou la police par exemple⁴⁰, ou sous la forme de monopole, c'est-à-dire en dehors de toute concurrence. La clause d'exclusion du GATS donne lieu à différentes interprétations. Christian Etter, par exemple, se borne à relever que : « Ausgenommen sind nur jene Dienstleistungen, welche der Staat in Ausübung der öffentlichen Gewalt erbringt (Gerichte, Wohlfahrtspflege usw.). »⁴¹ Dans sa thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de l'Université de Cologne en 1997, Matthias Koehler note à ce propos ce qui suit⁴² :

« Unabhängig von der Frage der universellen Geltung des GATS in allen Dienstleistungssektoren bestimmt der Vertrag jedoch eine wesentliche Ausnahme hinsichtlich seines Anwendungsbereichs. Er gilt nicht für Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden. Darunter ist gemäss Art. I Abs. 3 c GATS jede Art von Dienstleistung zu verstehen, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird.

Ein Staat kann sich mithin den Verpflichtungen des GATS nicht dadurch entziehen, dass er sich hinsichtlich seines eigenen Handelns als Dienstleistungsanbieter auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt beruft. Sofern er nämlich als ein Anbieter unter anderen auftritt, muss er sich die eingegangenen Liberalisierungsverpflichtungen entgegenhalten lassen. Umgekehrt greift der GATS nicht, wenn der Staat in dem betreffenden Sektor als alleiniger Anbieter auftritt und nicht mit Gewinnabsicht handelt. »

³⁶ Ouvrage cité à la note 7, p. 323 et 324. Les particuliers pourront dès lors invoquer le GATS en justice.

³⁷ Lire aussi : Christian Etter, «Das Dienstleistungsabkommen der Uruguay-Runde und seine Bedeutung für die Schweiz», dans : Thomas Cottier (ed.), „Gatt – Uruguay Round“, Berne 1995 p. 104: „Das GATS führt für den internationalen Handel mit Dienstleistungen verbindliche und rechtlich durchsetzbare Spielregeln ein.“

³⁸ Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 1.

³⁹ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 341.

⁴⁰ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), loc. cit.

⁴¹ Op. cit. (note 37), p. 96.

⁴² «Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Berlin 1999, p. 91 et 92.

3. Nous reviendrons plus loin⁴³, en réponse à la 3ème question examinée dans cette étude, sur la notion de „service public“. Il peut être intéressant de noter cependant d’ores et déjà que, dans ses rapports avec les cantons, le Conseil fédéral s’est référé à plusieurs reprises à cette notion pour réfuter les critiques qui lui étaient adressées à propos des engagements de la Suisse dans le domaine de l’éducation notamment. Dans sa réponse du 15 mai 2002 à l’interpellation Peter Vollmer du 20 mars 2002, tout d’abord, le Conseil fédéral n’a pas manqué d’invoquer la disposition d’exclusion du GATS précitée, clause qu’il mentionne en relation avec la disposition du préambule qui reconnaît aux Etats membres « le droit 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 ». C’est sur cette double base que le Conseil fédéral justifie la position qu’il a défendue et qu’il continue de défendre suivant laquelle l’organisation des systèmes d’éducation doit être fixée en fonction des priorités et des politiques nationales : « le GATS est un accord neutre par rapport à la dérégulation du service public ».

Trois mois plus tard, le 28 août 2002, le Conseil fédéral, en réponse à une interpellation Pascale Bruderer du 20 juin 2002, a réaffirmé la liberté des Etats de réglementer les secteurs couverts par le GATS et a tenu à préciser que les engagements de la Suisse restaient sans incidence sur l’enseignement public.

De son côté, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l’instruction publique, dans la lettre qu’elle a adressée au Conseil fédéral, le 9 juillet 2002, pour exprimer « son profond désagrément » et « sa grave inquiétude » à propos des négociations du GATS dans le domaine des services éducatifs, souligne le fait que les règles du GATS ne font pas la distinction entre enseignement privé et enseignement public et ajoute ce qui suit :

« En effet, le GATS ne prévoit la réserve des services publics que dans le cas où ceux-ci n’ont aucun lien ni aucune incidence sur le secteur économique et commercial, c’est-à-dire dans la mesure où les services publics n’interfèrent pas dans le libre jeu de la concurrence. Or, il est évident que tant les Universités suisses, les Ecoles polytechniques fédérales et les HES ont des liens de plus en plus étroits avec le secteur économique et commercial. De tels liens sont d’ailleurs souvent encouragés par les lois fédérales concernées. Dans ces conditions, il est peu probable qu’au regard des règles du GATS l’enseignement supérieur en Suisse puisse être considéré comme un secteur public n’interférant pas dans le libre jeu de la concurrence. »⁴⁴

4. L’article 19 de la constitution fédérale garantit le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit. Cette disposition consacre un droit social qui est justiciable et qui oblige la collectivité à fournir une prestation. Il ressort du droit

⁴³ Cf. chapitre III, ch. 1 et ss.

⁴⁴ La réponse du Conseil fédéral du 20 septembre 2002 à la lettre de la Conférence n’apporte guère d’éléments nouveaux. Elle se borne à réaffirmer qu’il appartient à chaque Etat de décider souverainement ce qu’il entend par « service public » et que le GATS est donc dépourvu d’effets sur le fondement du service public en Suisse.

constitutionnel et des traités internationaux en vigueur pour la Suisse⁴⁵ que l'enseignement de base doit être obligatoire, suffisant et gratuit⁴⁶. L'un des corollaires du caractère obligatoire de l'enseignement de base (ou primaire) est que les cantons doivent adopter une législation en matière scolaire, laquelle peut fort bien prévoir des institutions privées à côté des écoles publiques. Ainsi que l'a relevé B. Zemp, président central du syndicat des enseignants, dans son exposé introductif lors de l'assemblée annuelle de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique tenue à Genève les 7 et 8 novembre 2002, il existe en Suisse des écoles privées pratiquement à tous les niveaux de l'éducation⁴⁷. Nous ne pouvons dès lors que nous rallier au point de vue exprimé par le Professeur Christoph Scherrer selon lequel : « Sobald private Träger neben der öffentlichen Hand in einem Bildungssegment tätig sind, kann dieses Segment nicht unter Berufung auf die Hoheitsklausel von den GATS – Vorschriften ausgenommen werden. »⁴⁸

La conséquence de ce qui précède est alors claire : si les dispositions du GATS relatives à l'accès aux marchés et au traitement national ne peuvent s'appliquer qu'aux secteurs dans lesquels un Etat a pris des engagements spécifiques, en revanche les obligations générales relatives, par exemple, au traitement de la nation la plus favorisée et à la transparence déploient leurs effets pour tous les services couverts par le GATS et qui ne tombent pas dans le champ d'application de la clause d'exclusion, sans égard au fait que l'Etat en cause a pris des engagements spécifiques ou non dans les secteurs visés.⁴⁹ Cette conclusion générale est valable, bien entendu, pour la Suisse en ce qui concerne le domaine de l'éducation, qui retient plus particulièrement notre attention. Nous aurons l'occasion d'y revenir en relation, en particulier, avec l'examen de la portée de la clause du traitement de la nation la plus favorisée (quatrième question qui nous est soumise ; cf. chapitre IV, ch. 3, ci-après).

5. Nous avons déjà décrit, de manière générale, le système des listes d'engagements spécifiques figurant dans la partie III du GATS (cf. Introduction, lettre A, chapitre I, ch. 4, ci-dessus). Il est temps d'approfondir maintenant la question des engagements spécifiques assumés par la Suisse dans le secteur particulier de l'éducation.

⁴⁵ Cf. notamment l'article 13, paragraphe 2, lettre a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1).

⁴⁶ Cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit. (note 31), vol. II, p. 691 et ss.

⁴⁷ Cf. aussi la présentation générale du système éducatif suisse préparée pour la base de données Eurybase (« Schweizer Beitrag für die Datenbank 'Eurybase – the Information Database on Education in Europe' », état au 1^{er} janvier 2001, IDES (Information Documentation Education Suisse), p. 20 et 21. Dans le rapport initial du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (avril 2001), le Conseil fédéral relève, à propos de l'article 13 de ladite Convention, que le droit de fonder une école privée est partiellement garanti par les dispositions de l'article 27 de la constitution fédérale portant sur la liberté économique. L'étendue de la liberté de créer et de gérer une école privée de langue minoritaire dépend du droit cantonal. Tous les cantons reconnaissent la liberté de créer et de gérer des écoles privées, soit expressément soit implicitement (p. 75).

⁴⁸ «GATS – Verhandlungsrunde im Bildungsbereich, Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung,, Université de Kassel, avril 2002, p. 4.

⁴⁹ Cette conclusion est partagée par Kurt Larsen, John P. Martin et Rosemary Morris dans leur rapport intitulé : « Trade in Educational Services : Trends and Emerging Issues », document OCDE, mai 2002, p. 11.

Le guide publié par le Secrétariat de l'OMC sur le GATS contient une définition des services dans le domaine de l'éducation⁵⁰. La classification des services dans ce secteur est fondée sur un document des Nations Unies, la « Provisional Central Product Classification » (CPC). Bien que les membres de l'OMC ne soient pas tenus de déterminer la portée sectorielle de leurs engagements conformément à cette classification, la plupart d'entre eux l'ont utilisée. Celle-ci prévoit, dans le domaine qui nous intéresse, les services suivants :

- CPC 921 : services d'enseignement primaire
- CPC 922 : services d'enseignement secondaire
- CPC 923 : services d'enseignement supérieur
- CPC 924 : services d'enseignement pour adulte
- CPC 929 : autres services d'enseignement

La liste des engagements de la Suisse est annexée à la présente étude. Le Conseil fédéral, dans sa réponse du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer du 20 juin 2002, a résumé les engagements pris par la Suisse en matière d'accès au marché et de traitement national dans les termes suivants⁵¹, après avoir tenu à préciser qu'ils ne s'appliquent qu'aux services d'enseignement privés⁵²) :

- Services d'enseignement obligatoire (primaire et secondaire I⁵³) par le biais d'une présence commerciale, par exemple établissement d'une institution éducative étrangère (troisième mode de fourniture de services selon la définition figurant à l'article 1^{er}, par. 2, lettre c, du GATS)⁵⁴.
- Services d'enseignement secondaire non obligatoire (secondaire II)⁵⁵ au titre de la fourniture transfrontière (premier mode de fourniture), par exemple offres de formation par correspondance de l'étranger et par voie électronique (Internet). Dans le secondaire II, un engagement a aussi été pris au titre de l'envoi d'étudiants à l'étranger (deuxième mode de fourniture : consommation à l'étranger), qui est libéralisé, de même qu'au titre du troisième mode de fourniture déjà cité. On trouve dès lors la mention : « None » (« Néant », pas de restrictions) dans les trois rubriques.

⁵⁰ «Guide to the GATS – An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services», Kluwer Law International 2001, p. 245 à 247 («Annex I : Definition of education services»).

⁵¹ Qui s'écartent en partie de la classification mentionnée ci-dessus.

⁵² Cf. les modes de fourniture des services décrits dans l'Introduction (lettre A), chapitre I, ch. 3, ci-dessus.

⁵³ Voir, en ce qui concerne ces deux notions, la présentation générale du système éducatif suisse mentionnée à la note 47 ci-dessus, p. 18 : « Der erste entscheidende Zeitpunkt der Laufbahngestaltung liegt in praktisch allen Kantonen beim Übergang von der Primarstufe in die Sekundarstufe I (verschiedene Schultypen), d.h. zwischen dem 5. und 7. Schuljahr. »

⁵⁴ Cet engagement se traduit par la mention « Néant » (« None ») dans la rubrique correspondante (cf. Introduction lettre A, chapitre I, ch. 4, ci-dessus). Il n'existe, en revanche, pas d'engagement pour les autres modes de fourniture (« Unbound », « Non consolidé »).

⁵⁵ Cf. la présentation générale du système éducatif suisse (note 47), p. 18 : « Und der dritte ausschlaggebende Zeitpunkt liegt beim Abschluss der Sekundarstufe II (gymnasiale Maturität oder Berufsmaturität, eidgenössisches Fähigkeitszeugnis), vor der Fortsetzung der Ausbildung auf höherer Ebene (...) oder dem Eintritt ins Berufsleben (...). »

- Services d'enseignement supérieur (CPC 923) et services d'enseignement pour adulte (CPC 924) au titre des premier, deuxième et troisième modes de fourniture.

Le Conseil fédéral ajoute, pour être complet, qu'il existe un quatrième mode de fourniture (présence de personnes physiques) pour lequel l'engagement de la Suisse a été pris de manière horizontale pour tous les secteurs⁵⁶.

6. Que peut-on dire au sujet de cette présentation officielle des engagements spécifiques de la Suisse ? Le point de départ de notre analyse ne peut être que la constatation selon laquelle le GATS n'impose aucune obligation à un Etat membre de l'OMC en ce qui concerne l'accès aux marchés et le traitement national aussi longtemps que ce dernier n'a pas inscrit dans sa liste, sur une base purement volontaire, un engagement spécifique concernant un secteur déterminé de services⁵⁷. Un tel engagement de libéralisation couvre, en matière d'accès aux marchés (art. XVI), six types de limitations (art. XVI, par. 2, lettres a à f) :

- les limitations concernant le nombre de fournisseurs de services ;
- les limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services ;
- les limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits ;
- les limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier ;
- les mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service ; et
- les limitations concernant la participation de capital étranger.

Selon Pierre Sauvé, la plus grande partie de ces limitations concerne des mesures non-discriminatoires de nature quantitative⁵⁸.

En ce qui concerne le traitement national (art. XVII), la disposition considérée oblige chaque membre, dans les secteurs inscrits dans sa liste, à accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, « un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires » (par. 1). Le paragraphe 2 précise qu'un membre pourra satisfaire à cette obligation en accordant aux services et aux fournisseurs de services de tout autre membre « soit un traitement

⁵⁶ En fait, la mention "Unbound except as indicated in Part I" (partie horizontale) ne figure que dans les trois derniers sous-secteurs. Pour les services d'enseignement obligatoire (primaire et secondaire I), nous ne trouvons que la mention « Unbound » pour le quatrième mode de fourniture (présence de personnes physiques) dans la liste jointe à cette étude.

⁵⁷ Ce que Pierre Sauvé désigne sous le nom d'obligations "à la carte". Cf. son rapport intitulé : « Trade, Education and the GATS : What's In, What's Out, What's All the Fuss About ? », document préparé pour le Forum OCDE/USA sur le Commerce dans les services de l'éducation, 23-24 mai 2002, Washington D.C., p. 3 : « The GATS is a new agreement, not yet complete, not terribly user-friendly, with a complex geometry of general and 'à la carte' obligations set against the backdrop of [near] universal coverage and sovereign immunity in liberalization matters. »

⁵⁸ Op. cit. (note 57) p. 10.

formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent ». Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable « s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre membre » (par. 3).

7. Les deux dispositions du GATS concernant l'accès aux marchés et le traitement national ont ceci de commun qu'elles laissent toute latitude aux Etats membres de prévoir, dans leurs listes d'engagements spécifiques, « des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées » (art. XVI) et « des conditions et restrictions » (art. XVII). Ce qui frappe, en prenant connaissance de la liste des engagements souscrits par la Suisse dans le domaine de l'éducation, c'est de lire que la seule restriction apparente est celle qui se réfère à la notion de « Private Educational Services ».

Sur un plan général, le Conseil fédéral a relevé, dans son message du 19 septembre 1994, que la liste d'engagements suisse reflète l'accès aux marchés actuel, « ce qui donne à notre offre une grande valeur vu que nos dispositions sont relativement libérales dans la plupart des cas »⁵⁹. De manière plus spécifique, dans ses réponses à deux interventions parlementaires, le Conseil fédéral a rappelé tout d'abord que le GATS « ne porte que sur l'accès au marché par des prestataires de services étrangers et la non-discrimination de ces derniers par les autorités du pays hôte, et ce en établissant un cadre où les membres peuvent prendre des engagements négociés individuellement et selon leurs propres choix »⁶⁰. Même lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur, le GATS laisse la latitude à cet Etat d'appliquer dans ce secteur ses législations nationales – dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires – aux prestataires de services nationaux et étrangers.

La même année, le Conseil fédéral, s'agissant des engagements pris dans le secteur des services d'enseignement⁶¹, a commencé par invoquer le caractère traditionnellement ouvert de la Suisse dans le domaine des sciences et du savoir, ainsi que le fait que notre pays connaît déjà un régime très libéral dans le secteur considéré. Le GATS a dès lors fourni à la Suisse l'occasion de confirmer cette ouverture dans un contexte international et de renforcer sa position de lieu d'échanges et de connaissances. Le Conseil fédéral estime même que les engagements suisses sont demeurés « en-deça de ce qu'aurait permis la législation en vigueur ». Il ajoute en outre que, dans la mesure où les engagements d'accès au marché et de traitement national sont limités aux services d'enseignement privés, ils sont « sans incidence sur l'enseignement public, lequel n'est pas touché ». Enfin, le Conseil fédéral a tenu à rappeler que sa position durant tous les débats de l'OMC avait été de souligner le rôle central de l'Etat dans le secteur éducatif.

⁵⁹ FF 1994 IV 267

⁶⁰ Réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation [Peter Vollmer](#) du 20 mars 2002.

⁶¹ Réponse du 28 août 2002 à l'interpellation [Pascale Bruderer](#) du 20 juin 2002.

Si l'on peut comprendre les motifs qui ont incité le Conseil fédéral à adopter une telle attitude, on doit, en revanche, se demander si, s'agissant d'engagements juridiquement contraignants, le Conseil fédéral a utilisé les moyens adéquats et suffisants pour mettre en œuvre la politique ainsi définie, sans porter atteinte, par exemple, à des réglementations cantonales bien établies et sans entraver leur développement futur⁶².

8. Le GATS est souvent qualifié de traité international « souple » ou « flexible », « à géométrie variable »⁶³ ou, pour reprendre l'expression du Professeur Richard Senti, « ein Vertrag im Werden »⁶⁴. Il est vrai que l'Accord offre à l'Etat membre de l'OMC plusieurs possibilités de moduler ses engagements en fonction de ses besoins et de ses intérêts⁶⁵.

C'est ainsi qu'au titre des obligations générales, l'article II relatif au traitement de la nation la plus favorisée prévoit, à son paragraphe 2, la possibilité pour un membre de maintenir une mesure incompatible avec ce traitement pour autant que ladite mesure figure dans l'Annexe à l'Accord sur les exemptions des obligations énoncées dans cette disposition. Selon le message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994⁶⁶, la Suisse a fait valoir une série d'exemptions nationales du principe de la nation la plus favorisée afin de garder sa liberté d'action dans sa coopération avec certains pays, et plus particulièrement avec les Etats européens. Des exemptions ont pu être négociées dans les secteurs de l'audio-visuel, des transports, de la libre circulation des personnes et des services financiers⁶⁷.

En ce qui concerne les engagements spécifiques de la partie III du GATS, un Etat a toujours la possibilité de renoncer à inscrire un secteur déterminé des services dans sa liste. Pierre Sauvé mentionne, par exemple, le fait que beaucoup d'Etats membres de l'OCDE, en particulier le Canada et la France, ont systématiquement refusé de prendre des engagements dans le secteur de l'éducation⁶⁸.

Un Etat peut aussi « qualifier » les engagements qu'il prend dans un secteur ou un sous-secteur déterminé. Pour chaque mode de fourniture des services couverts par le GATS, l'Etat peut spécifier qu'il est « Unbound » ou « Non consolidé », faculté dont la Suisse a fait usage dans le domaine de l'éducation notamment (Cf. lettre B, chapitre I, ch. 5, ci-dessus). Pierre Sauvé mentionne

⁶² Si l'éducation reste un domaine de souveraineté cantonale, ainsi que le rappelle la Conférence des directeurs cantonaux de l'instruction publique dans sa lettre au Conseil fédéral du 9 juillet 2002, il n'est pas contesté que, selon la conception traditionnelle, il était admis que la Confédération pouvait, du moins en théorie, conclure un traité dans n'importe quel domaine, même si celui-ci relevait de la compétence des cantons. Sur la situation constitutionnelle actuelle, lire : Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit. (note 31), vol. I, p. 435.

⁶³ Cf. Pierre Sauvé, rapport cité à la note 57, p. 3.

⁶⁴ “Das Dienstleistungsabkommen im Rahmen der WTO”, “Liechtensteinische Juristen – Zeitung”, 1995, p. 9.

⁶⁵ Cf. Pierre Sauvé, rapport cité à la note 57, p. 11.

⁶⁶ FF 1994 IV 268/269

⁶⁷ Nous reviendrons sur la question de la portée de la clause de la nation la plus favorisée en relation avec la quatrième question qui nous a été posée.

⁶⁸ Rapport cité à la note 57, p. 11. Voir cependant la position de la Communauté européenne et de ses Etats membres au sujet de la notion de « service public » exposée plus loin sous le chiffre 9.

aussi dans ce contexte la possibilité de faire « a more specific reservation » et prend l'exemple d'un pays qui fixerait des limites au nombre total de personnes employées dans un secteur particulier⁶⁹. Il convient de préciser à ce sujet qu'étant donné la nature et les caractéristiques du GATS, il ne peut s'agir d'une réserve au sens de l'article 2, paragraphe 1, lettre d, de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁰, mais bien plutôt d'une « modalité » ou d'une « condition » d'acceptation de l'engagement spécifique au sens des articles XVI, paragraphe 1, et XVII, paragraphe 1, du GATS. A ce stade de notre étude, nous considérons que la référence aux « Private Educational Services » dans la liste suisse entre dans cette catégorie⁷¹.

Une autre possibilité mentionnée par Pierre Sauvé concerne les limitations horizontales appliquées à tous les services⁷². Nous avons déjà signalé que la Suisse a fait usage de cette faculté⁷³.

Enfin, nous ne mentionnons que pour mémoire les restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements (art. XII), ainsi que les exceptions générales de l'article XIV (par exemple : mesures nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public).

9. S'agissant du secteur de l'éducation, les membres de l'OMC qui ont choisi de prendre des engagements dans ce domaine⁷⁴ ont souvent mis l'accent notamment sur la notion de « service public » en se référant, parfois, à la clause d'exclusion figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 3, lettre b, du GATS (« services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ») et/ou à la disposition du préambule de l'Accord (considérant 4) qui reconnaît expressément le droit des membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire « afin de répondre à des objectifs de politique nationale »⁷⁵.

⁶⁹ Op. cit. (note 57), loc. cit.

⁷⁰ RS 0.111 (note 11 ci-dessus). Cette disposition a la teneur suivante : « l'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ». Dans le silence d'un traité, les réserves interdites sont celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité (cf. Paul Reuter, op. cit. à la note 22, p. 74). La question de l'admissibilité des réserves ne devrait pas se poser à propos du GATS en raison des caractéristiques de ce traité rappelées dans notre Introduction, sous lettre A, au chapitre Ier.

⁷¹ Nous mentionnons dans ce contexte, pour prendre un autre exemple, la liste d'engagements spécifiques de la République d'Estonie, qui se réfère, dans le secteur des services d'éducation, aux services d'enseignement privé, lorsque la participation des élèves ne dépasse pas six mois.

⁷² Op. cit. (note 57), loc. cit.

⁷³ Cf. la lettre B, chapitre I, ch. 5. En ce qui concerne le mouvement des personnes physiques fournissant des services, le message du Conseil fédéral précise que la Suisse a contracté des engagements d'accès aux marchés seulement pour les dirigeants et les spécialistes dans le cadre de transferts internes aux entreprises, et ce sous réserve du système de contingentement (FF 1994 IV 263).

⁷⁴ Le guide publié par le Secrétariat de l'OMC sur le GATS (cf. note 50) relève qu'il s'agit du secteur dans lequel les membres ont accepté le moins d'engagements spécifiques après l'énergie (p. 240). Il mentionne les membres qui ont accepté des engagements pour au moins quatre des cinq sous-secteurs : la République tchèque, le Lesotho, la Communauté européenne, la Hongrie, le Japon, le Liechtenstein, le Mexique, la Norvège, la Pologne, la Sierra Leone, la République slovaque, la Suisse et la Turquie.

⁷⁵ Cf. la remarque de Pierre Sauvé (op. cit. à la note 57, p. 3) : « Governments have to date chosen not to clarify the scope of the GATS' public services carve-out. But ask any negotiator in Geneva and

C'est ainsi que la Communauté européenne qui, comme la Suisse, a pris des engagements dans le secteur des « Services d'éducation » les a aussi limités aux « Privat finanzierte Ausbildungsleistungen »⁷⁶. Mais elle a encore tenu à préciser, au titre des « engagements horizontaux », son interprétation de la notion de « öffentliche Aufgaben »⁷⁷:

« Damit aber (...) das öffentliche Bildungswesen geschützt bleibt, hat die EU in der Länderliste unter der Rubrik « horizontale Verpflichtungen » eintragen lassen, dass in sämtlichen EU – Mitgliedsstaaten « Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen oder ausschliesslichen Rechten privater Betreiber unterliegen » können. (...) Die EU behält sich m.a.W. das Recht vor, den Marktzugang im Bereich öffentlicher Aufgaben einzuschränken. Die EU definiert dabei öffentliche Aufgaben recht weit. Diese bestünden in Sektoren „wie z. B. verbundenen wissenschaftlichen und technischen Beratungsdienstleistungen, Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Sozial- und Geisteswissenschaften, technische Prüf- und Analysedienstleistungen, Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, Verkehrsdienstleistungen und Hilfsdienstleistungen für alle Verkehrsarten. Ausschliessliche Rechte für solche Dienstleistungen werden häufig privaten Betreibern gewährt, z. B. Betreibern mit Konzessionen öffentlicher Stellen, vorbehaltlich bestimmter Versorgungspflichten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass öffentliche Aufgaben häufig auf nachgeordneter Ebene bestehen, ist eine detaillierte und erschöpfende sektorspezifische Auflistung nicht möglich“.

10. La Suisse, nous l'avons vu, s'est contentée d'inscrire au début de sa liste, dans le secteur des „Services d'éducation“, une restriction aux « Services d'enseignement privé ». Le message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 est muet sur la portée de cette limitation. Le Gouvernement suisse est en effet parti de l'idée, sur un plan général, que le GATS ne posait en principe pas de problèmes d'adaptation majeurs à notre pays. La Suisse a, toujours selon le Conseil fédéral, inscrit dans sa liste « l'accès aux marchés tel qu'il prévaut actuellement »⁷⁸.

Ce n'est que plus tard, en réponse à des interventions parlementaires et face à la réaction des cantons, que le Conseil fédéral a été amené à préciser sa position. Il a ainsi souligné le fait que, lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur déterminé, le GATS laisse à cet Etat la latitude d'appliquer dans

she/he would be prone to regard primary and secondary schooling, so – called basic / compulsory education, as lying outside the scope of the GATS.”

⁷⁶ Cf. l'avis de droit du Professeur Christoph Scherrer mentionné à la note 48, p. 9 et 10 : „Bereits mit Abschluss des GATS–Abkommens haben die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Kategorie ‚andere Bildungsdienstleistungen‘ in allen Kategorien des fünften Sektors ‚Bildungsdienstleistungen‘ Verpflichtungen zur Gleichstellung ausländischer Bildungsdienstleister übernommen : primäre, sekundäre und höhere (tertiäre) Bildungsdienstleistungen sowie Erwachsenenbildung. Sie haben allerdings diese Verpflichtungen auf ‚Privat finanzierte Ausbildungsleistungen‘ beschränkt (...)“.

⁷⁷ Avis de droit cité à la note 48, p. 11.

⁷⁸ FF 1994 IV 273. Principe dit du « statu quo » Cf. Christian Etter, op. cit. (note 37), p. 101.

ce secteur ses législations nationales – dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires – aux prestataires de services nationaux et étrangers⁷⁹. S’agissant du secteur de l’éducation, le Conseil fédéral a rappelé que la Suisse n’avait pris des engagements d’accès au marché et de traitement national que pour les services d’enseignement privés et que ces engagements étaient sans incidence sur l’enseignement public⁸⁰. Enfin, en réponse à la lettre de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l’instruction publique du 9 juillet 2002, les Départements fédéraux de l’intérieur et de l’économie ont relevé, le 20 septembre 2002, que les engagements de la Suisse correspondaient à des dispositions internes et à des pratiques en vigueur de longue date et reflétaient l’ouverture traditionnelle de la Suisse en matière d’éducation. Les deux Départements ont en outre insisté sur le fait qu’il appartient à chaque Etat de décider souverainement ce qu’il entend par « service public » et de légiférer en conséquence. Ils n’ont pas manqué, au surplus, d’attirer l’attention des cantons sur le préambule du GATS, qui reconnaît le droit des membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire « afin de répondre à des objectifs de politique nationale ».

11. Qu’en est-il réellement de ce dernier point ? Le moment est venu de citer une disposition du GATS que nous n’avons pas encore eu l’occasion de mentionner et qui, bien qu’elle figure dans la partie II de l’Accord, se rapporte en fait aux engagements spécifiques traités dans la partie III : il s’agit de l’article VI intitulé : « Réglementation intérieure ». Le paragraphe 1^{er} de cet article prévoit que, dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque membre « fera en sorte que toutes les mesures d’application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d’une manière raisonnable, objective et impartiale ». Considérée par Matthias Koehler comme étant le complément de la disposition précitée du préambule de l’Accord⁸¹, cette clause est parfois interprétée comme consacrant le principe de proportionnalité (« Verhältnismässigkeitsgrundsatz »)⁸². L’article VI énumère en outre, à son paragraphe 2, certaines garanties procédurales, dont la portée ne doit pas être exagérée, compte tenu de la réserve figurant à la lettre b de ce paragraphe, aux termes de laquelle ces garanties ne seront pas interprétées comme obligeant un membre à instituer des tribunaux ou des procédures « dans les cas où cela serait incompatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique ».
12. Dans son message du 19 septembre 1994, le Conseil fédéral résume la portée concrète des engagements spécifiques contractés par un Etat partie au GATS dans les termes suivants⁸³:

⁷⁹ Réponse du Conseil fédéral du 15 mai 2002 à l’interpellation Peter Vollmer du 20 mars 2002.

⁸⁰ Réponse du Conseil fédéral du 28 août 2002 à l’interpellation Pascale Bruderer du 20 juin 2002.

⁸¹ Op. cit. (note 42), p. 133: “An dieser Vorschrift tritt damit der Grundkonflikt der Liberalisierungsbemühungen zutage. Auf der einen Seite beharren die Staaten auf ihrem Souveränitätsrecht zur Regelung des innerstaatlichen Wirtschaftslebens. Auf der anderen Seite ist eine Öffnung der Dienstleistungsmärkte nur durch die Modifizierung der innerstaatlichen Regelungen zu erreichen, die sich als Handelsbarrieren der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung erweisen.“

⁸² Matthias Koehler, op. cit., loc. cit. Voir aussi Christian Etter, op. cit. (note 37), p. 98.

⁸³ FF 1994 IV 254.

« Dans la liste d'engagements contractés par une partie sont consignés tous les secteurs et activités de services pour lesquels cette partie garantit - éventuellement à certaines conditions - l'accès aux marchés et le traitement national aux fournisseurs de services étrangers (art. XX). Cela veut dire concrètement que les restrictions quantitatives et autres obstacles mentionnés à l'article XVI ainsi que les dérogations au principe du traitement national défini à l'article XVII ne sont autorisés dans le domaine des secteurs inscrits dans les listes de pays, c'est-à-dire consolidés, que s'ils figurent expressément dans les listes. »⁸⁴

Nous avons déjà vu que le point de vue du Conseil fédéral sur la portée concrète des engagements spécifiques de la Suisse au titre des négociations du GATS a été exprimé dans des termes différents dans sa réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer⁸⁵: «Le GATS ne porte que sur l'accès au marché par des prestataires de services étrangers et la non-discrimination de ces derniers par les autorités du pays hôte, et ce en établissant un cadre où les membres peuvent prendre des engagements négociés individuellement et selon leurs propres choix. Même lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur, le GATS laisse la latitude à cet Etat d'appliquer dans ce secteur ses législations nationales - dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires - aux prestataires de services nationaux et étrangers. »

Comment concilier ces deux prises de position ? L'élément novateur ou innovateur dans la réponse précitée a trait à la référence à la notion de « service public » dans cette dernière : « Ainsi, le GATS protège autant la prérogative des membres d'appliquer leurs propres politiques de service public qu'il accorde un traitement différencié aux pays en développement⁸⁶. Le GATS est dépourvu d'effets sur le fondement du service public en Suisse. »

13. Non sans fierté, le Conseil fédéral déclare, dans sa réponse du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer, que la Suisse, aujourd'hui déjà, fait partie des Etats qui ont pris le plus d'engagements en matière de services d'éducation au titre du GATS. Si l'on considère, en particulier, la réaction des cantons⁸⁷, on est en droit de se demander si cette attitude est justifiée. Pour répondre à cette question, il est indispensable d'analyser de plus près les engagements de la Suisse à cet égard.

⁸⁴ En d'autres termes : «Il convient une nouvelle fois d'insister sur cet aspect fondamental du GATS qui en constitue l'une des grandes originalités. Aucun membre n'est tenu d'accorder aux services et fournisseurs de services d'un autre membre le droit de pouvoir accéder à son propre marché national. Celui-ci peut maintenir les « modalités, limitations et conditions » de son choix. Ses engagements spécifiques éventuels souscrits à la suite de négociations appropriées devront figurer dans sa liste (article XVI.1). Compte tenu de la méthode retenue par le GATS (...) la libéralisation se fait du « haut en bas » (« top-down ») : ainsi, la liberté des services est de principe sauf restrictions décidées par les Etats et ce, en toute discrétion et en dehors de tout contrôle international collectif (article XVI.2). » (Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. [note 7], p. 361).

⁸⁵ Cf. lettre B, chapitre I, ch. 10, ci-dessus. Voir aussi lettre B, chapitre II, ch. 3, ci-après, où nous revenons sur cette interprétation par le Conseil fédéral de la notion d'« engagement spécifique ».

⁸⁶ L'article IV du GATS - disposition que nous n'avons pas encore eu l'occasion d'évoquer - concerne la participation croissante des pays en développement au commerce mondial.

⁸⁷ La lettre adressée au Conseil fédéral, le 9 juillet 2002, par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique parle de « profond désagrément » et de « grave inquiétude » en ce qui concerne les négociations du GATS dans le domaine des services éducatifs.

- a) En ce qui concerne les services d'enseignement obligatoire (primaire et secondaire I)⁸⁸, l'engagement de la Suisse est limité au troisième mode de fourniture de services, c'est-à-dire à une présence commerciale sur le territoire de l'Etat concerné. L'exemple donné par le Conseil fédéral est celui de l'établissement d'une institution éducative étrangère⁸⁹.

Si l'on s'en tient au texte clair de l'article XVI, paragraphe 2, du GATS⁹⁰, l'engagement pris par la Suisse, même limité aux services d'enseignement privé, impliquerait l'obligation de ne pas maintenir ni d'adopter, que ce soit au niveau cantonal ou au niveau fédéral, des mesures se définissant, par exemple, comme des limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, « que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques » (lettre a), ou comme des « limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier » (lettre d).

La présentation générale du système éducatif suisse déjà mentionnée⁹¹ relève à ce propos ce qui suit (p. 20) :

"Gemäss dem grundlegenden Prinzip der Unternehmensfreiheit gibt die Bundesverfassung jedem das Recht, eine Privatschule zu eröffnen. Solche Schulen unterstehen indessen den geltenden kantonalen Vorschriften (Eröffnungsgenehmigung, öffentliche Beiträge, Aufsicht, Anerkennung der ausgestellten Diplome usw.). Grundsätzlich erhalten Privatschulen in der Schweiz keine Beiträge der öffentlichen Hand, wobei in einigen Kantonen und unter bestimmten Bedingungen (Angebot von Dienstleistungen, die von den öffentlichen Schulen nicht gewährleistet werden) Ausnahmen bestehen."

Si, en revanche, comme semble l'admettre le Conseil fédéral dans ses réponses aux interpellations Peter Vollmer et Pascale Bruderer, les Etats conservent, dans les secteurs dans lesquels ils ont pris des engagements spécifiques, une grande latitude d'appliquer leurs législations nationales et, en particulier, d'appliquer leurs propres politiques de service public, parmi lesquelles figure l'enseignement public, la Suisse ne devrait pas rencontrer de difficultés insurmontables.

- b) Les mêmes remarques peuvent en principe être formulées en ce qui concerne la libéralisation des services d'enseignement secondaire non obligatoire (secondaire II), avec toutefois la différence que la Suisse a pris des engagements pour les trois premiers modes de fourniture de services (fourniture transfrontière, consommation à l'étranger, présence commerciale). Le Conseil fédéral mentionne à ce propos un seul exemple :

⁸⁸ Cf., au sujet de cette partie de notre étude, la lettre B, chapitre I, ch. 5, ci-dessus, qui contient une présentation détaillée des engagements de la Suisse dans ce domaine, avec nos commentaires figurant aux ch. 6 et ss.

⁸⁹ Réponse du Conseil fédéral du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer.

⁹⁰ Cf., au sujet des règles d'interprétation du GATS, notre Introduction (lettre A), chapitre II, ch. 1 à 3.

⁹¹ Cf. la note 47 ci-dessus.

offre de formation par correspondance de l'étranger ou par la voie électronique comme Internet.

La présentation générale du système éducatif suisse précitée note ce qui suit (p. 21) :

« Bei den Ausbildungsinstitutionen der Sekundarstufe II handelt es sich in der Regel um kantonale (und in einigen Fällen um kommunale) Schulen. Die Privatschulen dieser Stufe (ungefähr 11 Prozent der Schülerinnen und Schüler), die früher vielfach konfessionell ausgerichtete Einrichtungen waren, werden jedoch in vielen Fällen anerkannt und sogar von der öffentlichen Hand unterstützt. Auch bei den meisten Berufsschulen handelt es sich um kantonale Ausbildungsinstitutionen, während die - allgemeine und berufliche - Weiterbildung zum grossen Teil durch den privaten Sektor gewährleistet wird, der für die Wahrnehmung dieser Aufgabe Beiträge des Bundes und der Kantone erhält.“

- c) Dans le degré tertiaire (Services d'enseignement supérieur) et pour ce qui concerne les services d'enseignement pour adultes, la Suisse a aussi fait preuve de libéralisme pour les trois modes de fourniture déjà cités et, comme dans les cas déjà mentionnés, pour les deux types d'engagements (accès aux marchés et traitement national). Le domaine de l'enseignement supérieur soulève des problèmes particuliers (Convention de Lisbonne, déclaration de Bologne, etc.) sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir, en réponse notamment à la quatrième question qui nous est posée.⁹² Nous pouvons, pour le moment, nous borner à citer la présentation générale du système éducatif suisse (p. 21) :

"Was den gesamten Tertiärbereich anbelangt, liegt der Anteil der Studierenden, die private Bildungseinrichtungen besuchen (von denen ungefähr zwei Drittel Beiträge der öffentlichen Hand erhalten), bei 17,6%. Auf der nichtuniversitären Tertiärstufe ist dieser Anteil im Bereich der höheren Berufsbildung deutlich höher (ca. 50%); diese Ausbildungen werden praktisch ausschliesslich teilzeitlich absolviert und unterstehen zu einem grossen Teil der Verantwortung der Wirtschaft (Berufsverbände). Im Übrigen bestehen auf der Tertiärstufe insbesondere im Bereich des Managements und der neuen Technologien verhältnismässig viele private Ausbildungseinrichtungen. Daneben finden sich auch verschiedene mehr oder weniger seriöse ausländische „Universitäten“, die Titel und Diplome ausstellen, deren Anerkennung nicht in allen Fällen gewährleistet ist. Was diese Einrichtungen anbelangt, sind keine Statistiken verfügbar."

14. Les réactions négatives des cantons peuvent se comprendre si l'on considère la grande complexité des dispositions du GATS et les problèmes que soulève leur interprétation⁹³. Ainsi que le relève le Professeur Richard Senti⁹⁴ : "Das

⁹² Cf. lettre B, chapitre IV, ch. 2, ci-après.

⁹³ Nous ne sommes pas appelé à nous prononcer sur le point de savoir si les cantons ont été informés de manière appropriée et régulière sur les implications des engagements pris par la Suisse lors du Cycle d'Uruguay (Cf. la réponse des Départements fédéraux de l'intérieur et de l'économie du 20 septembre

Allgemeine Dienstleistungsabkommen gilt im Urteil der Ökonomen und Völkerrechtler als der Teil des WTO-Vertragswerks, der besonders kompliziert und in manchen Bereichen noch unvollständig und provisorisch ist. Im Vergleich zum warenbezogenen Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen weist das GATS einige Sonderheiten auf (...). Ein spezifisches Merkmal des GATS ist die „Unvollständigkeit“. Im Gegensatz zum GATT, das im Verlauf der Jahrzehnte zu einem Vertragswerk mit vielen abschliessend definierten Rechten und Pflichten herangewachsen ist, bietet das GATS einen institutionellen Rahmen für weitere Verhandlungen, die im Jahr 2000 aufgenommen und anschliessend in regelmässigen Abständen weitergeführt werden müssen. Die Fortsetzung der Verhandlungen soll unter besonderer Rücksichtnahme auf die Binnenpolitik der Vertragsparteien („die nationalen politischen Zielsetzungen“) und die Bedürfnisse der Entwicklungsländer erfolgen. Das GATS ist nicht der Abschluss von Handelsverhandlungen, sondern der Auftakt zu Vereinbarungen über eine weltweit gemeinsame Regelung des Dienstleistungshandels.“

Il n'est dès lors pas surprenant que, face à cette complexité et compte tenu des incertitudes qui subsistent au sujet notamment de la portée de la clause d'exclusion de l'article 1er, paragraphe 3, lettre b, du GATS („services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental“), les cantons aient pu exprimer leur inquiétude. Les préoccupations formulées, par exemple, dans la remarque selon laquelle « les règles du GATS ne font pas la distinction entre enseignement privé et enseignement public dans les mêmes termes que le droit suisse »⁹⁵, ou dans l'exposé introductif de B. Zemp devant l'assemblée annuelle de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique des 7 et 8 novembre 2002 à Genève⁹⁶, sont donc légitimes.

Dans cette situation, il n'est pas non plus étonnant que, faute notamment de précédents et de jurisprudence⁹⁷, le juriste rencontre des difficultés à donner des réponses claires et précises à la question posée concernant la signification et l'impact des engagements déjà pris par la Suisse au titre du GATS dans le domaine de l'éducation. Compte tenu notamment des caractéristiques du GATS relevées par le Professeur Senti (« besonders kompliziert », « noch unvollständig und provisorisch »), il nous faut donc faire un pas de plus et examiner, dans le contexte de « libéralisation progressive » qui est un des fondements de l'Accord (partie IV), quelles mesures peuvent être envisagées pour lever, au moins partiellement, certaines des incertitudes mentionnées ci-dessus.

2002 à la lettre de la Conférence suisse des Directeurs cantonaux de l'instruction publique du 9 juillet 2002).

⁹⁴ Op. cit. (note 1), p. 603.

⁹⁵ Lettre au Conseil fédéral du 9 juillet 2002 envoyée par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique.

⁹⁶ Cf., par exemple, p. 2 : „Auch in der Schweiz gibt es private Schulen auf allen Stufen; daher ist die Gefahr einer 'Liberalisierung' des Bildungswesens im Sinne von GATS real.“ Ou p. 3 : „Es wird daher für ein einzelnes Land immer schwieriger werden, den eigenen ‚service public‘ im Bildungswesen aufrecht zu erhalten, wenn andere Länder diese Öffnung nicht nur zulassen, sondern via GATS vehement einfordern.“

⁹⁷ Il suffit de se référer à ce sujet au problème, que nous avons évoqué à la lettre B, chapitre I, ch. 1, de l'applicabilité directe ou de l'effet direct des dispositions du GATS et, en particulier, des engagements spécifiques pris par les Etats membres, dans l'ordre juridique interne de ces derniers.

II

Quelles sont les possibilités de supprimer et / ou de diminuer les effets non désirés de ces engagements ?

1. Le GATS – nous l’avons vu⁹⁸ – repose sur un système complexe, bien connu des spécialistes du GATT, de listes d’engagements spécifiques qui sont annexées à l’Accord et en font partie intégrante (art. XX, par. 3). Ces listes doivent préciser les restrictions applicables au commerce des services, dans un secteur particulier, quant à leurs divers modes de fourniture et au regard de deux clauses particulières, l’accès aux marchés (art. XVI) et le traitement national (art. XVII). Afin de garantir une certaine stabilité à ces engagements, aucune modification ne pourra intervenir avant une période de trois ans : il s’agit de la règle de la consolidation triennale (art. XXI, par. 1, lettre a). Les engagements spécifiques consolidés dans les listes des pays s’appliquent à tous les membres conformément au principe de la nation la plus favorisée. Un pays ne peut revenir sur les engagements spécifiques contractés dans un secteur déterminé qu’en échange d’une compensation dans d’autres secteurs qui soit acceptable pour les autres membres. Si les membres concernés ne peuvent se mettre d’accord sur la compensation à accorder, la question est soumise à arbitrage. La compensation sera accordée, le cas échéant, sur la base du principe de la nation la plus favorisée⁹⁹.
2. Théoriquement, on pourrait envisager que le Conseil fédéral engage la procédure de modification des listes, telle qu’elle est prévue à l’article XXI du GATS¹⁰⁰. Une modification quelconque d’un engagement pris dans le secteur des services d’éducation équivaldrait en réalité à un retrait de concession¹⁰¹. Indépendamment de toute considération politique¹⁰², une telle possibilité nous paraît exclue, compte tenu notamment des complexités de cette procédure et des conséquences qu’elle entraînerait pour d’autres secteurs de la liste suisse.

Sur un plan théorique aussi, le Conseil fédéral pourrait invoquer l’article X du GATS relatif aux mesures de sauvegarde d’urgence. Cette disposition prévoit, à son paragraphe 1, que des négociations multilatérales fondées sur le principe de la non-discrimination auront lieu au sujet des mesures de sauvegarde d’urgence.

⁹⁸ Cf., sous lettre A, chapitre III, ch. 1 et 2, concernant la modification des listes d’engagements spécifiques.

⁹⁹ FF 1994 IV 253 et 254. Cf. aussi le document de l’OMC sur les procédures pour la mise en œuvre de l’article XXI du GATS cité à la note 30 ci-dessus.

¹⁰⁰ Nous laissons de côté la question de savoir si le Conseil fédéral seul aurait, sur le plan constitutionnel, une telle compétence.

¹⁰¹ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 366.

¹⁰² Le Conseil fédéral, en réponse à l’interpellation Pascale Bruderer, a énuméré plusieurs raisons – qui restent valables aujourd’hui – en faveur d’une attitude ouverte en matière de services, « ce qui va dans le sens des intérêts généraux de la Suisse ». L’objectif du Conseil fédéral a été de refléter au niveau multilatéral la situation qui prévalait à l’époque de la conclusion du cycle d’Uruguay, « ce qui procure une meilleure clarté et sécurité juridique pour les acteurs du monde de l’éducation ».

Les résultats de ces négociations devront entrer en application à une date qui ne sera pas postérieure de plus de trois ans à celle de l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (1^{er} janvier 1995).

En réalité, ces négociations n'ont pas encore abouti à des résultats concrets. Le rapport (2002) du Conseil du commerce des services au Conseil général de l'OMC¹⁰³ signale que le mandat de négociation prévu à l'article X a été prorogé jusqu'au 15 mars 2004.

3. C'est donc bien dans le cadre de la partie IV du GATS, intitulée : « Libéralisation progressive », que des « solutions » éventuelles doivent être cherchées. Le processus de « libéralisation progressive » consiste en une méthode de négociation des engagements spécifiques des membres en vue d'atteindre un niveau sans cesse plus élevé de liberté des prestations internationales de services¹⁰⁴. L'article XXI du GATS précise, à son paragraphe 2, que « le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ». Les négociations devaient commencer cinq ans au plus tard après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, soit le 1^{er} janvier 2000.

Le programme de travail défini dans la Déclaration ministérielle de Doha, adoptée le 14 novembre 2001, prévoit, à propos des services, ce qui suit¹⁰⁵:

« Nous confirmons les lignes directrices et procédures adoptées par le Conseil du commerce des services le 28 mars 2001 comme étant la base sur laquelle poursuivre les négociations, en vue d'atteindre les objectifs de l'Accord général sur le commerce des services tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule, l'art. IV et l'art. XIX de cet Accord. Les participants présenteront des demandes initiales d'engagements spécifiques d'ici au 30 juin 2002 et des offres initiales d'ici au 31 mars 2003. »

4. Dans sa réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer, le Conseil fédéral a eu l'occasion de préciser sa position au sujet de la poursuite de la libéralisation du commerce des services décidée lors de la conférence ministérielle de l'OMC à Doha. Après avoir rappelé que les services comptent pour près de 70 pour cent du produit national brut de la Suisse et constituent la principale source de création d'emplois, notamment d'emplois qualifiés, le Conseil fédéral n'a pas manqué de mentionner le caractère juridiquement contraignant de l'article XIX du GATS et le fait que le processus de libéralisation des échanges de services doit respecter dûment les objectifs de politique nationale. C'est en outre dans cette réponse que le Conseil fédéral a donné son interprétation la plus complète de la notion d'engagement spécifique dans le cadre du GATS :

¹⁰³ Document S / C / 16, du 9 décembre 2002, p. 6.

¹⁰⁴ Cf. Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 364.

¹⁰⁵ FF 2002 II 1218. Voir aussi la communication de la Suisse intitulée : « Lignes directrices pour les négociations prescrites sur les services », soumise au Conseil du commerce des services, Session extraordinaire, document OMC S / CSS / W / 16 du 5 décembre 2000.

« Le GATS ne porte que sur l'accès au marché par des prestataires de services étrangers et la non-discrimination de ces derniers par les autorités du pays hôte, et ce en établissant un cadre où les membres peuvent prendre des engagements négociés individuellement et selon leurs propres choix. Même lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur, le GATS laisse la latitude à cet Etat d'appliquer dans ce secteur ses législations nationales – dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires – aux prestataires de services nationaux et étrangers. Ainsi, le GATS protège autant la prérogative des membres d'appliquer leurs propres politiques de service public qu'il accorde un traitement différencié aux pays en développement. Le GATS est dépourvu d'effets sur le fondement du service public en Suisse . »

Compte tenu du fait que la Suisse a choisi de ne pas soumettre de requêtes à ses partenaires étrangers en matière d'éducation¹⁰⁶, existe-t-il un moyen (juridique) de faire partager cette interprétation par lesdits partenaires, s'agissant plus particulièrement du secteur des services d'éducation ? Il est vrai que, conformément à l'article XIX du GATS, les négociations sur le commerce des services ont principalement pour but d'élever le niveau de libéralisation de ce commerce. Mais elles ont aussi pour objectif « de promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations » (art. XIX, par. 1). Un tel équilibre ne serait-il pas mieux assuré si certaines notions fondamentales étaient comprises de la même manière par les membres de l'OMC ?¹⁰⁷

5. Il peut être intéressant d'examiner dans ce contexte les propositions de négociation pour les services d'éducation qui ont été présentées par quelques pays. Les Etats-Unis, tout d'abord, dans une communication concernant l'enseignement supérieur (du troisième degré), l'enseignement à l'intention des adultes et la formation¹⁰⁸, ont tenu à relever d'entrée de cause que l'enseignement constitue essentiellement une tâche qui incombe à l'Etat, mais que la plupart des pays autorisent une coexistence entre l'enseignement privé et l'enseignement public. Leur proposition tient compte en outre du fait que les Etats doivent conserver un droit de réglementation pour réaliser les objectifs de leur politique nationale et que, dans le secteur visé, les Etats continueront à jouer un rôle important en tant que fournisseur de services.

La Nouvelle-Zélande, de son côté, a noté que le secteur de l'éducation est d'une importance vitale pour tous les membres, étant donné « le rôle crucial de l'éducation dans le développement économique et social »¹⁰⁹. Elle a aussi relevé que, à l'heure actuelle, l'éducation est l'un des secteurs où les engagements sont

¹⁰⁶ Cf. la réponse du Conseil fédéral du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer. Mais la Suisse a reçu des requêtes de la Chine, des Etats-Unis, de la Norvège, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et de l'Inde.

¹⁰⁷ La troisième question qui nous est posée dans cette étude a trait plus particulièrement à la notion de service public.

¹⁰⁸ Document OMC S / CSS / W / 23 du 18 décembre 2000.

¹⁰⁹ Document OMC S / CSS / W / 93 du 26 juin 2001.

les moins nombreux, en raison des caractéristiques de « bien public » qui lui sont attribuées et de la place importante qu'y tient l'Etat¹¹⁰.

L'Australie, pour sa part, reconnaît que les pouvoirs publics du monde entier, seuls ou en partenariat avec des particuliers et des organisations du secteur privé et non gouvernementales, jouent un rôle appréciable dans le financement, la fourniture et la réglementation de l'éducation¹¹¹. Elle ajoute que le commerce des services d'éducation revêt une importance croissante sur le plan international, mais que ce secteur reste l'un de ceux dans lesquels les engagements au titre du GATS sont les moins nombreux. Dans ses propositions, l'Australie énumère les principes spécifiques qui lui paraissent importants pour libéraliser le commerce des services d'éducation, parmi lesquels figure la règle selon laquelle les négociations dans ce domaine ne devraient pas empêcher les pays membres « d'établir leurs propres objectifs en matière d'éducation, ni d'appliquer les mesures de réglementation nécessaires pour les atteindre ».

Le Japon, enfin, reconnaît l'importance du rôle des gouvernements dans le secteur de l'éducation et prend note, en particulier, du fait que de nombreux membres réservent la responsabilité de l'enseignement primaire et secondaire à l'Etat.¹¹²

Lors de la réunion du Conseil du commerce des services qui s'est tenue du 19 au 22 mars 2002 (Session extraordinaire), la délégation suisse a eu l'occasion de relever que « le droit de réglementer des membres était d'un intérêt capital pour toutes les délégations » et que « le secteur des services d'enseignement n'était pas de ceux où on pouvait déroger à ce principe d'une extrême importance »¹¹³. Répondant à une question posée par le représentant de la Suisse, le représentant du Japon a précisé que la proposition de son pays portait sur l'enseignement supérieur, « puisque l'enseignement primaire et secondaire relevait exclusivement des Etats »¹¹⁴.

Au cours de cette réunion, le Président du Conseil a fait observer que les membres attachaient une grande importance au secteur de l'éducation, dans lequel l'Etat continuait à jouer un très grand rôle « tant en réglementation qu'en prestation de services »¹¹⁵. En fait, a-t-il ajouté, les membres qui avaient présenté des propositions dans ce secteur avaient tenu à souligner que les mesures de libéralisation « pouvaient servir à soutenir la politique nationale en éducation et à compléter la gamme en place de services éducatifs ».

6. Notre attention a été attirée sur un document important de la Commission européenne préparé par la Direction générale pour l'éducation et la culture à

¹¹⁰ La communication rappelle aussi que la Nouvelle-Zélande – comme la Suisse – n'a pris d'engagements que pour la fourniture de services d'enseignement primaire, secondaire et supérieur par des entreprises privées.

¹¹¹ Document OMC S / CSS / W / 110 du 1er octobre 2001.

¹¹² Document OMC S / CSS / W / 137 du 15 mars 2002.

¹¹³ Document OMC TN / S / M / 1 du 5 juin 2002, p. 68.

¹¹⁴ Document OMC précité, p. 69.

¹¹⁵ Document OMC précité, p. 68.

l'intention des Ministres responsables de l'éducation. Ce document, qui porte la date du 25 octobre 2002, est intitulé : « Education and the GATS »¹¹⁶.

Dans ce rapport, la Commission commence par poser la question fondamentale : quel doit être le rôle du GATS dans le domaine de l'éducation ? La position adoptée par la plupart des Etats membres de la Communauté est que cette dernière a pris suffisamment d'engagements dans le cadre du cycle d'Uruguay et qu'il n'y a pas lieu d'envisager de nouvelles concessions. Un Etat membre se demande même s'il ne conviendrait pas d'explorer la possibilité de retirer des engagements existants.

Tous les Etats membres soulignent l'importance de sauvegarder le caractère de « service public » ou de « bien public » de l'éducation¹¹⁷. Leur préoccupation, explicite ou implicite, est liée aux incertitudes qui subsistent au sujet de l'application des règles du GATS y relatives, c'est-à-dire de la fameuse clause d'exclusion (art. 1^{er}, par. 3, lettre b, concernant les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental) :

„The concern – explicit in some replies and latent in others – mainly springs from uncertainty about how the GATS rules for the exemption of public services apply or could apply in the future to an evolving and increasingly heterogeneous education sector, in which private operators increasingly coexist alongside public institutions and the latter institutions themselves operate in some respects on a basis analogous to private providers (...).”

En ce qui concerne les demandes adressées à la Communauté dans le secteur qui nous intéresse, la Commission relève notamment qu'aucune d'entre elles ne met en cause la restriction appliquée, dans les engagements de la Communauté, aux « privately – funded services ».

Les préoccupations des Etats membres de la Communauté¹¹⁸ incitent la Commission à se demander si le moment n'est pas venu pour la Communauté de prendre l'initiative d'une action sur le plan international (« some 'pre-emptive' action »), qui pourrait prendre la forme d'une déclaration interprétative faisant référence à certains textes existants de l'UNESCO qui soulignent le caractère de « bien public » de l'éducation. Et la Commission ajoute : « Such an approach might find support from non-EU countries, as countries which have submitted negotiating proposals on education [which] also stress the special character of education as a public good and the need for it to continue as a public service. The aim would be to ensure general acceptance that the coexistence of private suppliers with public systems does not constitute “competition with other service suppliers”, which would undermine the protection afforded by Article I 3 c of the GATS.”

¹¹⁶ Document EAC. A. 4 / ROK D (02) 22652, « Council Meeting (Education) 12 November 2002 ».

¹¹⁷ Document cité, p. 2.

¹¹⁸ Préoccupations qui ne s'éloignent guère de celles exprimées par les cantons dans leurs différentes prises de position.

7. Nous reviendrons, notamment dans nos conclusions générales¹¹⁹, sur cette approche, qui apparaît, à première vue, « prometteuse ». Nous avons déjà constaté que les particularités du GATS n'autorisent pas la formulation de réserves formelles au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹²⁰. Le document de la Commission parle de « déclaration interprétative »¹²¹. Il est sans doute préférable d'explorer au préalable les possibilités offertes par l'article 31 de ladite Convention, qui énonce la règle générale d'interprétation d'un traité¹²², et dont le paragraphe 3 a la teneur suivante :

« Il sera tenu compte [aux fins d'interprétation d'un traité], en même temps que du contexte :

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

Nous ne mentionnons que pour mémoire l'article IX, paragraphe 2, de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, disposition aux termes de laquelle :

« La Conférence ministérielle et le Conseil général¹²³ auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux¹²⁴. S'agissant d'une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord¹²⁵. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres. Le présent paragraphe ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X. »

Il est en effet pratiquement exclu que les organes compétents de l'OMC – indépendamment de l'opportunité d'une telle procédure – acceptent de donner de certaines dispositions du GATS, tel l'article 1^{er}, paragraphe 3, lettres b et c (« services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »), une

¹¹⁹ Cf. lettre C, ch. 14, ci-après.

¹²⁰ Cf. la note 70 ci-dessus.

¹²¹ Cf. Paul Reuter, op. cit. (note 22), p. 71 : « L'essence de la 'réserve' est de poser une condition : l'Etat ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués... Bien souvent l'intention des Etats est exprimée d'une manière ambiguë, le plus souvent pour des raisons de politique intérieure, notamment en qualifiant de « Déclarations interprétatives » des prises de position dépourvues d'effet si elles ne constituaient pas des réserves (...). » Voir aussi Patrick Daillier / Alain Pellet, *Droit international public*, 7^{ème} édition, Paris 2002, p. 179.

¹²² Cf. notre Introduction (lettre A), chapitre II, ch. 1 à 3.

¹²³ La Conférence ministérielle, composée de représentants de tous les membres de l'OMC, se réunit au moins une fois tous les deux ans (art. IV, par. 1, de l'Accord instituant l'OMC). Le Conseil général, composé, lui aussi, de représentants de tous les membres, se réunit « selon qu'il sera approprié » (art. IV, par. 2). Dans l'intervalle entre les réunions de la Conférence ministérielle, les fonctions de celle-ci sont exercées par le Conseil général, qui exerce aussi les fonctions qui lui sont assignées par l'Accord.

¹²⁴ Parmi lesquels figure l'Accord général sur le commerce des services.

¹²⁵ Pour le GATS, il s'agit du Conseil du commerce des services.

interprétation qui pourrait être qualifiée d' « authentique » et s'apparenter à une révision de l'Accord¹²⁶.

En revanche, on pourrait envisager que, dans le cadre des négociations en cours sur les services¹²⁷, se dégage une « pratique » de l'Organisation, au sens de l'article 31, paragraphe 3, lettre b, de la Convention de Vienne précitée, sur le contenu à donner à certaines notions fondamentales du GATS qui jouent un rôle particulièrement important dans le domaine de l'éducation notamment. On pourrait même aller plus loin et, s'inspirant du document de la Commission européenne déjà cité¹²⁸, se demander si certains textes existants de l'UNESCO ou du Conseil de l'Europe ne pourraient pas être considérés comme des « règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties » au sens de l'article 31, paragraphe 3, lettre c, de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

8. Une récente sentence arbitrale, se référant sur ce point à la jurisprudence de la Cour internationale de justice de La Haye, vient de réaffirmer l'importance qu'il convient d'accorder à la pratique mentionnée à l'article 31, paragraphe 3, lettre b, susmentionné, spécialement lorsqu'il s'agit d'un traité « qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale » ou qui a été « adopté au sein d'une organisation internationale » (art. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)¹²⁹. Une telle « pratique ultérieurement suivie » dans l'application du GATS pourrait résulter, par exemple, de prises de position communes d'Etats principalement intéressés et reflétant un « accord » au sujet de l'interprétation à donner de certaines règles fondamentales de l'Accord. Cette pratique devrait être entérinée, d'une manière appropriée, par le Conseil du commerce des services¹³⁰. Nous avons déjà relevé, dans les propositions de négociation pour les services d'éducation qui ont été présentées par quelques pays¹³¹, un certain nombre de points communs (importance du rôle de l'Etat, droit des Etats de réglementer ces services pour réaliser les objectifs de leur politique nationale, notion de « bien public », etc.).

De telles prises de position pourraient être assimilées à des « déclarations interprétatives », pour autant qu'on ne les considère pas comme des « réserves » au sens formel¹³², mais bien plutôt comme des déclarations faites par les Etats

¹²⁶ Lire à ce sujet : Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 258 et 259.

¹²⁷ Voir, en particulier, le communiqué de presse de l'OMC du 28 juin 2002 (PRESS / 300) intitulé : « Les négociations sur les services offrent de réelles possibilités à tous les membres de l'OMC et surtout aux pays en développement ».

¹²⁸ Voir le chiffre 5 ci-dessus.

¹²⁹ Cf. la sentence arbitrale partielle et non encore publiée rendue le 22 novembre 2002, sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, concernant le rachat par la Banque des règlements internationaux des actions de la Banque détenues par des actionnaires privés, chiffre 145. Voir aussi : Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 261.

¹³⁰ Cf. le communiqué de presse mentionné à la note 127 ci-dessus et d'où il résulte que les lignes directrices pour les négociations, qui ont été adoptées par le Conseil du commerce des services en mars 2001, reconnaissent clairement « le droit des membres de réglementer la fourniture de services et d'introduire de nouvelles réglementations ».

¹³¹ Cf. chapitre II, ch. 5, ci-dessus.

¹³² Cf. la note 121 ci-dessus.

intéressés et par l'OMC visant à préciser et à clarifier le sens et la portée attribués à certaines dispositions du GATS¹³³.

9. Pour la Suisse¹³⁴, il nous paraît important que ces « déclarations interprétatives » reflètent, dans une mesure aussi large que possible, les positions prises par le Conseil fédéral (ou des Départements fédéraux) jusqu'à maintenant en ce qui concerne la notion et la portée des engagements spécifiques assumés par les Etats parties au GATS. Dans cette optique, les positions suivantes devraient servir de source d'inspiration :
- a) Le GATS ne porte que sur l'accès au marché par des prestataires de services étrangers et la non-discrimination de ces derniers par les autorités du pays hôte, et ce en établissant un cadre où les membres peuvent prendre des engagements négociés individuellement et selon leurs propres choix¹³⁵.
 - b) Même lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur déterminé, le GATS laisse la latitude à cet Etat d'appliquer dans ce secteur ses législations nationales – dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires – aux prestataires de services nationaux et étrangers¹³⁶.
 - c) Ainsi, le GATS protège autant la prérogative des membres d'appliquer leurs propres politiques de service public qu'il accorde un traitement différencié aux pays en développement¹³⁷.
 - d) Les engagements qu'un Etat peut prendre au titre du GATS visent à garantir que les prestataires de services étrangers soient traités de manière non-discriminatoire en matière d'accès au marché. Il va de soi que tous les prestataires de services, suisses et étrangers, restent soumis aux dispositions réglementaires régissant leur secteur d'activité¹³⁸.
 - e) Le droit des membres du GATS de réglementer « afin de répondre à des objectifs de politique nationale » est explicitement reconnu par le préambule du GATS. La politique suisse en la matière continuera d'être fondée sur des considérations propres, tout en ne manquant pas de tenir compte des développements sur le plan international. Le GATS est donc dépourvu d'effets sur le fondement du service public en Suisse¹³⁹.

¹³³ Cf. Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 179.

¹³⁴ Il peut être intéressant de relever que, dans le domaine des services audiovisuels, la Suisse a fait parvenir au Secrétariat de l'OMC une communication dans laquelle elle relève notamment que le secteur audiovisuel est à la fois un important domaine d'activité commerciale et un vecteur de l'identité culturelle (document S / CSS / W / 74 du 4 mai 2001).

¹³⁵ Cf. la réponse du Conseil fédéral du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer. Voir aussi le chapitre II, ch. 4 ci-dessus.

¹³⁶ Cf. la réponse citée à la note 135 ci-dessus. Il convient de rappeler que l'article XIX du GATS, qui a trait à la négociation des engagements spécifiques, précise, à son paragraphe 2, que le processus de la libéralisation progressive « respectera dûment les objectifs de politique nationale ». Relevons aussi que le préambule de l'Accord 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.

¹³⁷ Cf. la réponse citée à la note 135 ci-dessus.

¹³⁸ Cf. la réponse du Conseil fédéral du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer.

¹³⁹ Cf. la réponse du 20 septembre 2002 adressée par les Départements fédéraux de l'intérieur et de l'économie à la lettre de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique en date du 9 juillet 2002.

10. Nous avons vu¹⁴⁰ que la communication de la Commission européenne du 25 octobre 2002 se réfère à certains textes existants de l'UNESCO qui soulignent le caractère de « bien public » de l'éducation. Compte tenu de ce que nous avons déjà relevé à propos des règles d'interprétation de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁴¹, il serait en effet souhaitable que les « déclarations interprétatives » envisagées puissent faire référence à de tels instruments internationaux¹⁴². Il s'agit, en particulier, de la Convention de Lisbonne sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne, ouverte à la signature le 11 avril 1997. Ladite Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1999¹⁴³. Les Etats parties à ladite Convention considèrent, en particulier, « que la grande diversité des systèmes d'enseignement existant dans la région européenne reflète ses diversités culturelles (...) et représente dès lors une richesse exceptionnelle qu'il convient de respecter pleinement » (préambule, cons. 3).
11. Dans leur lettre du 20 septembre 2002 adressée à la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, les Départements fédéraux de l'intérieur et de l'économie ne manquent pas de souligner la volonté du Conseil fédéral, en ce qui concerne la formulation de la position suisse dans les négociations GATS 2000, de continuer de consulter les cantons, notamment s'il s'agit de donner suite à des requêtes adressées à la Suisse par des pays tiers. Ils ajoutent qu'il est évident que, si des questions importantes liées à l'éducation devaient survenir dans le cours des négociations GATS, « les cantons continueront d'être dûment impliqués dans de telles consultations »¹⁴⁴.

Il est important de noter que, par rapport à la situation constitutionnelle décrite dans la note 62 ci-dessus, le régime en matière de conclusion de traités internationaux a été modifié notamment depuis l'entrée en vigueur de la constitution fédérale du 18 avril 1999¹⁴⁵. C'est ainsi que l'article 54, alinéa 3, de la constitution prévoit que, dans l'exercice de ses compétences dans le domaine des affaires étrangères, la Confédération doit tenir compte des compétences des cantons et sauvegarder leurs intérêts. En outre, la constitution prévoit expressément que les cantons doivent être « associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels » (art. 55, al. 1^{er}). Ils ont ainsi la possibilité de participer de manière adéquate à ces décisions. A cet effet, la Confédération doit informer les cantons au sujet de ces décisions et les consulter (art. 55, al. 2). L'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées. Dans ce cas, les

¹⁴⁰ Cf. le chiffre 6 ci-dessus.

¹⁴¹ Cf. le chiffre 7 ci-dessus.

¹⁴² Et cela indépendamment des conclusions auxquelles nous parviendrons en répondant à la quatrième question qui nous est posée (cf. chapitre IV, ch. 1 et ss. ci-après) et qui a trait, en particulier, à la portée juridique du GATS par rapport à d'autres textes multilatéraux ou bilatéraux (Convention de Lisbonne, déclaration de Bologne, etc.).

¹⁴³ RO 2002 III 2870. La Convention de Lisbonne est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux Etats membres de l'UNESCO, région Europe.

¹⁴⁴ Voir aussi la réponse du Conseil fédéral du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer, dans laquelle le Conseil fédéral affirme sa volonté de consulter les milieux intéressés, dont les cantons (sic), lors de l'élaboration des mandats de négociation relatifs au Cycle de Doha.

¹⁴⁵ Lire à ce sujet : Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit. (note 31), vol. I, p. 435 et 436.

cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales (art. 55, al. 3)¹⁴⁶.

III

Dans le domaine de l'éducation, la notion de service public et le système des subventions publiques sont-ils touchés et remis en cause par les règles du GATS (les lois cantonales et fédérales en la matière seraient-elles considérées comme des 'entraves au commerce') ?

1. Avec beaucoup de fermeté, le Conseil fédéral affirme, dans sa réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer, que le GATS est dépourvu d'effets sur le fondement du service public en Suisse. Il ajoute ce qui suit :

« ... le GATS est un accord neutre par rapport à la dérégulation du service public : il n'oblige ni n'empêche aucun pays de réglementer ou de déréglementer son service public. Chaque membre a ainsi suivi sa voie en fonction de ses intérêts internes et externes, et en prenant, le cas échéant, des engagements de manière souveraine. L'organisation et la couverture du service public diffèrent d'ailleurs sensiblement d'un pays à l'autre, et elles ne sont pas figées. La politique suisse en matière de service public continuera d'être fondée essentiellement sur des considérations propres, tout en ne manquant pas de tenir compte des développements au plan international. »

De son côté, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, dans la lettre qu'elle a envoyée au Conseil fédéral le 9 juillet 2002, relève que les règles du GATS ne font pas la distinction entre enseignement privé et enseignement public dans les mêmes termes que le droit suisse. Elle continue en écrivant ce qui suit¹⁴⁷:

« En effet, le GATS ne prévoit la réserve des services publics que dans le cas où ceux-ci n'ont aucun lien ni aucune incidence sur le secteur économique et commercial, c'est-à-dire dans la mesure où les services publics n'interfèrent pas dans le libre jeu de la concurrence. Or, il est évident que tant les Universités suisses, les Ecoles polytechniques fédérales et les HES ont des liens de plus en plus étroits avec le secteur économique et commercial. De tels liens sont d'ailleurs souvent encouragés par les lois fédérales concernées. Dans ces conditions, il est peu probable qu'au regard des règles du GATS l'enseignement supérieur en Suisse puisse être considéré comme un secteur public n'interférant pas dans le libre jeu de la concurrence. »

Il convient de mentionner aussi dans ce contexte la prise de position de la « EBENRAIN KONFERENZ – Allianz der Arbeitnehmerverbände », qui exprime des « begründete Befürchtungen für den öffentlichen Dienst » (p. 2):

¹⁴⁶ Voir aussi la loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000 (RS 138.1).

¹⁴⁷ Voir déjà sous la lettre B, chapitre I, ch. 3, ci-dessus l'exposé de la position du Conseil fédéral, d'une part, et de ladite Conférence, d'autre part, au sujet de la notion de « service public ».

„Es bestehen also begründete Befürchtungen, dass beispielsweise das Erziehungs- und Gesundheitswesen einer unnötigen und schädlichen privaten Konkurrenz ausgesetzt bzw. das bei uns heute flächendeckend qualitativ hochstehende Angebot gefährdet würde. Das sozial stark segmentierende angelsächsische Bildungssystem mit einerseits teuren privaten Eliteschulen und andererseits überfüllten unterdotierten Staatsschulen ist kein wünschbares Vorbild (...).“

Et plus loin (p. 3 et 4):

„Direkt erbrachte Regierungsdienstleistungen sind zwar ausgenommen, ohne aber klar zu definieren, was darunter zu verstehen ist. Jedenfalls ist eine generelle Ausnahme für öffentliche Dienste explizit nicht ins GATS aufgenommen worden bzw. durch Einschränkungen im Artikel I. 3 stark relativiert worden. Danach gehören zu den Regierungsdienstleistungen nur Bereiche, die nicht kommerziell betrieben werden und bei denen kein privater Anbieter in Konkurrenz zu den öffentlichen Diensten vorhanden ist. Damit bleiben viele Unklarheiten und Probleme offen :

(...) Bei der Schule (...) hat die Schweiz 1994 sogar schon Zugeständnisse gemacht und grundsätzlich sämtliche Bildungsstufen und –angebote für private Anbieter geöffnet. Da GATS sich auf die UN-Kategorien abstützt, die nicht zwischen öffentlich und privat unterscheiden, ist offen, ob die Schweizer Einschränkung auf private Unternehmen automatisch die staatlichen Schulen von GATS ausnimmt oder ob der Gleichbehandlungsgrundsatz privater Angebote – beispielsweise eine Subventionierung – zwingend verlangt werden könnte. Hier bestehen zumindest noch offene juristische und völkerrechtliche Fragen.“

2. Sur le plan international, le communiqué de presse publié le 28 juin 2002 par le Secrétariat de l'OMC¹⁴⁸ se contente de relever que « les services publics – c'est-à-dire les services fournis par les pouvoirs publics sur une base non concurrentielle et non commerciale – n'entrent pas dans le cadre de l'AGCS (GATS) et ne font pas l'objet de négociations ».

Dans le cadre de l'Assemblée des régions d'Europe, les Ministres régionaux européens de la culture et de l'éducation ont adopté, le 18 octobre 2002, à Brixen / Bressanone une « Déclaration sur la diversité culturelle et l'AGCS (GATS) », dans laquelle ils constatent notamment que le GATS affecte les services publics dans les domaines de l'éducation, de la culture et des médias et qu'il a tendance à privilégier la dimension commerciale au détriment de la qualité des standards convenus par voie démocratique. Ils demandent dès lors que les services en matière d'éducation, de culture et de médias soient exclus des négociations futures du GATS¹⁴⁹.

Il est intéressant de relever que, dans leur Déclaration elle-même, les Ministres et responsables politiques de la culture, de l'éducation et des médias des

¹⁴⁸ Voir la note 127 ci-dessus.

¹⁴⁹ Voir le résumé de la Déclaration de Brixen / Bressanone sur la diversité culturelle et le GATS.

Régions d'Europe se déclarent « loin d'être convaincus que la phrase énoncée à l'article I – 3 de l'AGCS (GATS) 'services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental' introduit une garantie » à cet égard¹⁵⁰. Ils demandent dès lors qu'aucune offre ou demande ne soit formulée dans les négociations en cours « jusqu'à ce qu'un accord clair, indiscutable, engageant toutes les parties, soit trouvé sur l'interprétation de l'article I – 3 »¹⁵¹.

Nous nous référons aussi, dans ce contexte, à la « Joint Declaration on Higher Education and the General Agreement on Trade in Services », du 28 septembre 2001, dans laquelle les signataires¹⁵² constatent que : « Very little is known about the consequences of including trade in education services in the GATS » et que : « GATS Article I : 3 is recognized as being ambiguous and open to interpretation ».

3. Nous savons¹⁵³ que la Commission européenne, dans sa communication du 25 octobre 2002, a lancé l'idée d'une « déclaration interprétative », conçue comme une « pre-emptive action », visant, en se référant à des instruments internationaux existants, à affirmer et à confirmer le caractère de « bien public » de l'éducation. Il s'agirait, en même temps, de dégager un accord général sur le fait que la coexistence de fournisseurs privés et de systèmes publics dans le domaine qui nous intéresse ne saurait constituer un service fourni « en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, lettre c, du GATS. Il s'agirait, en d'autres termes, d'assurer à l'éducation la protection accordée aux « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » par la lettre b de la disposition précitée. Nous avons alors qualifié cette approche de « prometteuse »¹⁵⁴.

Aussi intéressante soit-elle, cette idée nous paraît devoir être examinée avec prudence. Partant de la constatation selon laquelle il n'existe aucun Etat dans lequel les structures offrant des services d'éducation, de culture et de médias sont exclusivement soumises à son autorité, les Ministres et responsables politiques de la culture, de l'éducation et des médias des Régions d'Europe en tirent la conclusion que la « clause d'exception » de l'article 1^{er}, paragraphe 3, du GATS est ouverte à toutes les interprétations : « Ceci représente, à notre avis, un danger permanent pour le statut des services publics puisqu'ils pourraient être mis en question par le secteur privé. »¹⁵⁵ Ce danger ne nous paraît pas pouvoir être écarté par la « déclaration interprétative » suggérée par la

¹⁵⁰ La Déclaration se réfère, en particulier, pour ce qui a trait à la diversité culturelle, à la Déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 2 novembre 2001, ainsi qu'à la Déclaration sur la diversité culturelle adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 7 décembre 2000.

¹⁵¹ Déclaration, chiffre 22.

¹⁵² C'est-à-dire : « Association of Universities and Colleges of Canada », « American Council on Education », « European University Association » et « Council for Higher Education Accreditation ».

¹⁵³ Cf. le chapitre II, ch. 6, ci-dessus.

¹⁵⁴ Cf. le chapitre II, ch. 7, ci-dessus. Nous nous référons aussi à la Déclaration de Bixen / Bressanone, mentionnée sous ch. 2 ci-dessus, qui parle d'un « accord » sur l'interprétation de la disposition considérée du GATS.

¹⁵⁵ Déclaration de Bixen / Bressanone citée sous ch. 2 ci-dessus, chiffre 20.

Commission européenne ou par le biais d'un « accord clair, indiscutable, engageant toutes les parties sur l'interprétation de l'article I – 3 »¹⁵⁶.

En effet, une telle « interprétation » ou un tel « accord » serait difficilement compatible avec le texte de la disposition considérée, telle qu'elle doit être interprétée conformément au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends¹⁵⁷, dont l'article 3, paragraphe 2, précise que les dispositions des accords de l'OMC doivent être clarifiées « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »¹⁵⁸. Nous savons en outre¹⁵⁹ que, dans le système de l'OMC, seuls la Conférence ministérielle et le Conseil général sont habilités à adopter des interprétations des Accords commerciaux multilatéraux, parmi lesquels figure le GATS¹⁶⁰. De plus, comment pourrait-on justifier qu'une telle « interprétation » soit limitée au domaine de l'éducation, alors que les préoccupations exprimées au sujet de la notion de « service public » concernent aussi des secteurs tels que la culture, les médias ou la santé ? Ne court-on pas le risque d'ouvrir la voie à d'autres revendications, s'agissant de l'application d'une disposition très controversée ?

4. Il nous semble qu'une approche plus constructive (et plus utile) serait d'aborder le problème sous un angle différent. L'article XIX, paragraphe 2, du GATS concernant la négociation des engagements spécifiques prévoit que le processus de libéralisation « respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ». Cette disposition doit être lue en relation avec le préambule de l'Accord, qui reconnaît explicitement « 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 » (cons. 4)¹⁶¹. C'est sur cette base juridique de préférence que pourraient être formulées les prises de position communes, assimilées à des « déclarations interprétatives », évoquées au chapitre II, ch. 8 et 9, ci-dessus, et reflétant, dans une mesure aussi large que possible, les positions prises par le Conseil fédéral. Il est entendu que, pour la Suisse, le point de départ serait la limitation, conforme à l'article XVI, paragraphe 1, du GATS, aux Services

¹⁵⁶ Cf. ch. 2 ci-dessus et la note 151 concernant la Déclaration de Brixen / Bressanone. Il peut être intéressant de rappeler dans ce contexte que la Convention européenne de 1953 relative à l'équivalence des diplômes donnant accès aux établissements universitaires (RS 0.414.1) est accompagnée de deux « Déclarations d'application » qui ne sont pas destinées à « offrir une interprétation officielle de la Convention », mais ont pour but d'exposer les vues du Comité pour l'enseignement supérieur et la recherche du Conseil de la coopération culturelle du Conseil de l'Europe.

¹⁵⁷ RS 0.632.20

¹⁵⁸ Cf., en ce qui concerne les règles applicables à l'interprétation du GATS, le chapitre II de notre Introduction (lettre A).

¹⁵⁹ Cf. le chapitre II, ch. 7, ci-dessus.

¹⁶⁰ Cf. l'article IX, paragraphe 2, de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

¹⁶¹ Cf. Kurt Larsen, John P. Martin et Rosemary Morris, op. cit. (note 49), p. 13 et 14, qui insistent notamment sur le caractère flexible du GATS. Cf. aussi Pierre Sauvé, op. cit. (note 57), p. 15 à 17, les chapitres intitulés : « The GATS and public services » et « GATS and the right to regulate ». Lire aussi le rapport de l'OCDE du 24 septembre 2002 intitulé : « Trade in Educational Services : Next Steps », établi par le Secrétariat (document DEELSA / ED / CERI / CD (2002) 10), avec, en annexe, le rapport de Donald Hirsch concernant le « OECD/US Forum on Trade in Educational Services », Washington, 23-24 mai 2002.

d'enseignement privé (« Private Educational Services ») et les limitations figurant dans sa liste, à propos de l'accès au marché et du traitement national, quant aux différents modes de fourniture de services.

5. En ce qui concerne les subventions publiques, l'article XV du GATS prévoit, à son paragraphe 1, que, dans certaines circonstances, celles-ci peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services. Les membres de l'OMC sont dès lors invités à engager des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsion. Le rapport (2001) du Conseil du commerce des services au Conseil général¹⁶² note que le groupe de travail compétent « a continué de réfléchir à la nécessité d'élaborer des disciplines sur les subventions pouvant avoir des effets de distorsion sur le commerce et à l'éventuelle portée de telles disciplines ». Le compte rendu de la réunion du Conseil du commerce des services qui s'est tenue du 19 au 22 mars 2002, au chapitre des travaux des organes subsidiaires (Rapport de Présidents), se borne à relever qu'en ce qui concerne les subventions, « diverses délégations avaient rappelé l'importance du dossier »¹⁶³. Le rapport (2002) du Conseil du commerce des services au Conseil général contient une annexe IV relative au rapport du groupe de travail des règles de l'AGCS (GATS) au Conseil du commerce des services¹⁶⁴. A propos des négociations sur les subventions au titre de l'article XV du GATS, ce dernier rapport note que, le 22 juillet 2002, le groupe de travail précité a adopté un programme de travail sur les subventions. Ce programme prévoit notamment la poursuite de l'examen des subventions sur la base des communications des membres et encourage ces derniers à présenter leurs communications sur les subventions avant le 31 mars 2003.
6. Dans la communication qu'elle a présentée au Conseil du commerce des services à propos des lignes directrices pour les négociations prescrites sur les services, la Suisse n'a pas manqué de souligner la « grande importance » qu'elle attache à la question des subventions¹⁶⁵. Elle a regretté que peu de progrès aient pu être enregistrés dans ce domaine et a estimé que l'élaboration de disciplines relatives aux subventions dans le cadre du GATS « se révélera un travail exigeant beaucoup d'efforts ».

Des préoccupations analogues ont été exprimées, en particulier, dans l'exposé introductif présenté par B. Zemp à l'occasion de l'assemblée annuelle de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique qui s'est tenue à Genève les 7 et 8 novembre 2002¹⁶⁶. Le Président central du syndicat des enseignants a notamment relevé ce qui suit :

« Damit aber dennoch das öffentliche Bildungswesen geschützt bleibt, hat sich die EU 1994 die Ausnahme eintragen lassen, dass Dienstleistungen, die als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen unterliegen können. Ferner hat die EU für ihre Mitgliedstaaten das Recht ausgehandelt, nach eigenem Belieben Bildung zu subventionieren. Die Aufgabe dieser

¹⁶² Document de l'OMC S / C / 14 du 9 octobre 2001.

¹⁶³ Document de l'OMC TN / S / M / 1 du 5 juin 2002, p. 27.

¹⁶⁴ Document de l'OMC S / C / 16 du 9 décembre 2002, p. 14 et 15.

¹⁶⁵ Document de l'OMC S / CSS / W / 16 du 5 décembre 2000, p. 4.

¹⁶⁶ Cf., en particulier, sous lettre B, le chapitre I, ch. 4, ci-dessus.

Ausnahmeregelung würde natürlich drastische Änderungen in der europäischen Bildungslandschaft hervorrufen, aber auch in der Kultur, z. B. bei Radio- und Fernsehsendern, die mit öffentlichen Geldern gute Programme finanzieren bis hin zu subventionierten Theatern und Orchestern.¹⁶⁷

Dans le cadre des négociations en cours sur le commerce des services, et plus particulièrement des négociations sur les services d'éducation¹⁶⁸, la communication de l'Australie relève notamment que ces négociations ne devraient pas empêcher les pays membres d'affecter des fonds publics à l'éducation, « afin d'atteindre les objectifs de politique et de réglementation nationaux ». La communication des Etats-Unis, de son côté, propose que les subventions à l'enseignement supérieur, à l'enseignement à l'intention des adultes et à la formation soient publiées « de manière claire et transparente ».

7. La Suisse n'a pas fait usage de la possibilité de formuler, au niveau des engagements horizontaux, des limitations ou des conditions concernant les subventions dans le domaine de l'éducation. Elle pourrait dès lors se trouver exposée aux critiques de ceux qui soutiennent que le GATS obligerait les Etats membres de l'OMC à accorder des subventions, sur une base non-discriminatoire, à tous les fournisseurs de services dans le domaine de l'éducation notamment¹⁶⁹. La Suisse pourrait répondre qu'elle n'a pris d'engagements spécifiques que par rapport aux services d'enseignement privé et que, de toute manière, le principe de non-discrimination est une règle fondamentale de l'ordre juridique suisse, y compris le droit international applicable¹⁷⁰. Mais le problème des subventions est traité dans la partie II du GATS (Obligations et disciplines générales) et non dans la partie qui a trait aux engagements spécifiques. Il serait probablement plus utile de relever, avec Pierre Sauvé¹⁷¹, qu'il n'existe pas encore de disciplines multilatérales dans le domaine des subventions et de concentrer les efforts de la Suisse sur les négociations y relatives.¹⁷²
8. Il reste à examiner si les lois cantonales et fédérales en la matière (notion de service public et système des subventions) seraient considérées comme des « entraves au commerce ». Compte tenu de ce que nous venons d'exposer ci-dessus¹⁷³, nous pouvons, une fois de plus, dire avec Pierre Sauvé que : « while some barriers exist to trade in educational services, there does not appear to be a

¹⁶⁷ Voir aussi : Christoph Scherrer, op. cit. (note 48), p. 25 : « Bisher hat sich die EU das Recht vorbehalten, den Marktzugang im Bereich öffentlicher Aufgaben einzuschränken und im Bildungsbereich nach eigenem Belieben zu subventionieren. Diese Ausnahme stellt einen effektiven Schutz für die in öffentlicher Trägerschaft geführten Bildungseinrichtungen dar. » A la page 11, l'auteur de cet avis de droit relève encore que : „Im Falle von Subventionen steht auch Zweigstellen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichtet worden sind, nicht das Recht auf Inländerbehandlung zu : Der Anspruch auf Subventionen der Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten kann auf im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats [...] niedergelassene juristische Person beschränkt werden.“

¹⁶⁸ Cf. le chapitre II, ch. 5, ci-dessus, qui mentionne les propositions des Etats-Unis, de la Nouvelle-Zélande, de l'Australie et du Japon.

¹⁶⁹ Lire à ce sujet : Pierre Sauvé, op. cit. (note 57), p. 18.

¹⁷⁰ Cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, op. cit. (note 31), vol. II, p. 482 et ss.

¹⁷¹ Op. cit. (note 57), loc. cit.

¹⁷² Cf. le ch. 5 ci-dessus.

¹⁷³ Cf. les ch. 1 à 7.

major problem overall »¹⁷⁴. Pierre Sauvé relève à ce propos notamment ce qui suit¹⁷⁵ :

« Part of the reason for coming to such conclusion lies in the remarkable pace of change witnessed in the educational services field in recent years, much of which occurred completely outside a trade policy framework. This is not to suggest that barriers to trade or investment in education services do not exist or could not be amenable to gradual reduction or elimination through trade negotiations. Nor does it suggest that the greater transparency and policy predictability that would derive from a higher level of bound liberalization commitments under the GATS would not be beneficial to suppliers and consumers alike. (...)»

Pierre Sauvé note par ailleurs que :

« To the extent that the promotion of internationalisation of education involves collective actions on the part of governments, these may well be pursued through agreements on educational qualifications, academic and cultural exchanges, and so forth, rather than brokered inside the trading system. »

Cette remarque nous conduit directement à la quatrième question qui nous est posée, après avoir constaté que, dans la mesure où la Suisse respecte ses engagements internationaux en la matière, tels que nous avons essayé de les définir dans la présente étude, les « entraves au commerce » existant dans des lois cantonales et fédérales ne sauraient engager sa responsabilité internationale¹⁷⁶.

Ces « entraves » n'appellent dès lors pas d'action particulière de la Suisse allant au-delà de ce que nous suggérons dans la présente étude (voir les conclusions générales ci-après, lettre C).

IV

Quelle est la portée juridique du GATS par rapport à d'autres textes (accords / conventions / déclarations) multilatéraux ou bilatéraux (p. ex. accords conclus avec les pays voisins sur la reconnaissance des équivalences dans l'enseignement supérieur, convention de Lisbonne, déclaration de Bologne) ? Quelle est l'incidence du GATS sur leur validité / leur validité en est-elle restreinte à certains égards ? Par exemple : la clause du « pays le plus favorisé » est-elle applicable aux accords sur la reconnaissance des équivalences ?

¹⁷⁴ Pierre Sauvé (op. cit. à la note 57) se réfère lui-même à la « Joint Declaration on Higher Education and the General Agreement on Trade in Services », du 28 septembre 2001, mentionnée au ch. 2 et à la note 152 ci-dessus.

¹⁷⁵ Op. cit. (note 57), p. 24.

¹⁷⁶ La communication des Etats-Unis déjà citée concernant les négociations dans le domaine de l'enseignement supérieur (cf. ch. 5 ci-dessus) contient une liste de 17 obstacles recensés dans ce secteur.

1. Il convient de rappeler tout d'abord, avec le Professeur Pierre-Marie Dupuy, qu'en principe, « d'un point de vue normatif, chaque traité est indépendant de tous les autres, étant l'expression de la volonté des parties en vue de la réalisation d'un objet qui lui est propre »¹⁷⁷. En droit international, il n'existe pas de hiérarchie entre les sources de ce droit¹⁷⁸. Le seul cas où l'on peut, à proprement parler, faire application du principe hiérarchique est celui d'un conflit entre une norme dite « impérative » (« jus cogens »)¹⁷⁹ du droit international et une autre norme, conventionnelle ou coutumière¹⁸⁰.

En pratique, cependant, il est fréquent que plusieurs traités, portant sur le même objet ou sur des objets complémentaires, « entretiennent les uns avec les autres des relations parfois complexes de complémentarité et d'interdépendance »¹⁸¹. Les difficultés qui peuvent alors surgir font l'objet de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, disposition qui concerne l'application des traités successifs portant sur la même matière. Les solutions prévues s'inspirent de deux principes bien connus : « specialia generalibus derogant » (les normes spéciales dérogent aux normes générales) et « lex posterior priori derogat » (la règle postérieure l'emporte sur la règle antérieure)¹⁸².

Conçu, selon les termes mêmes de son préambule (cons. 2), comme « un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services », intégré lui-même dans un cadre institutionnel (l'OMC) de caractère universel, l'Accord général sur le commerce des services présente des caractéristiques qui en font un instrument juridique à part¹⁸³. Les relations entre le GATS et d'autres accords, tels que la Convention de Lisbonne et les accords sur la reconnaissance des équivalences dans l'enseignement supérieur, ne peuvent dès lors pas être réglées par les dispositions régissant l'application de traités successifs portant sur la même matière, mais doivent être examinées en tenant compte de la nature et de la portée de chaque instrument considéré séparément.

2. La Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne, dite Convention de Lisbonne, est mentionnée implicitement – nous l'avons vu¹⁸⁴ – comme instrument de référence dans la communication de la Commission européenne du 25 octobre 2002. Il s'agirait ainsi, selon la Commission, de souligner, dans une « déclaration interprétative », le caractère de « bien public » de l'éducation.

¹⁷⁷ Droit international public, 6ème édition, Dalloz, Paris 2002, p. 298.

¹⁷⁸ Cf. Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 114.

¹⁷⁹ Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (cf. note 11 ci-dessus), « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». La question de l'existence d'une telle norme ne se pose pas dans le contexte de notre étude.

¹⁸⁰ Cf. Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 116.

¹⁸¹ Pierre-Marie Dupuy, op. cit. (note 177), p. 298.

¹⁸² Patrick Daillier / Alain Pellet, op. cit. (note 121), p. 116.

¹⁸³ Cf. notre Introduction (lettre A). Voir aussi : Dominique Carreau / Patrick Juillard, op. cit. (note 7), p. 338 et 339.

¹⁸⁴ Cf. le chapitre II sous lettre B, ch. 10 ci-dessus. En fait, la Commission européenne se réfère aux « existing Unesco texts on education ».

La question de la relation possible entre la Convention de Lisbonne et le GATS dans le domaine de l'enseignement supérieur a été étudiée notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe¹⁸⁵. Per Nyborg, après avoir résumé le contenu de ladite Convention, relève en particulier ce qui suit :

« The General Agreement on Trade in Services (GATS) is a multilateral agreement, which also includes education. Little is yet known about the consequences of GATS for quality, access and equity of higher education. There is in the university sector a fear that GATS may influence the national authority to regulate higher education systems, and have unforeseen consequences on public subsidies for higher education. »

Et plus loin :

“Thus, the Lisbon Convention, building on national systems, may secure quality and at the same time hinder the building of barriers against trade in higher education. If GATS should decide to build on the Lisbon Convention, it could enforce quality assessment and free trade between signatory parties at the same time by enforcing a practice in accordance with the Lisbon Convention – albeit through mechanisms external to the Convention. Neither UNESCO nor the Council of Europe have any power for sanctions.”

Indépendamment du fait que les parties au GATS ne sont pas les mêmes que celles qui ont ratifié la Convention de Lisbonne ou des conventions sur la reconnaissance des qualifications existantes dans d'autres régions, il ne nous paraît pas que le GATS et les négociations en cours dans le domaine de l'éducation puissent avoir des incidences négatives sur les accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de reconnaissance des qualifications et des équivalences dans l'enseignement supérieur¹⁸⁶. Ces derniers poursuivent en effet des objectifs différents et complémentaires. Si l'approche « constructive » esquissée au ch. 4 du chapitre III ci-dessus était retenue, il devrait être possible d'intégrer dans les « déclarations interprétatives » envisagées des références à ces accords, qui reflètent aussi bien la grande diversité des systèmes d'enseignement existants que l'importance attachée par les Etats parties à l'harmonisation des conditions d'accès aux établissements d'enseignement.

Des considérations analogues peuvent être formulées au sujet de la Déclaration de Bologne, avec la différence qu'il ne s'agit pas d'un traité international. Un

¹⁸⁵ Cf. Per Nyborg, président du Comité directeur pour l'enseignement supérieur et la recherche, Conseil de l'Europe, 16 avril 2002, document intitulé : « The Lisbon Convention and a possible relation to GATS in higher education ». Cf. aussi l'annexe 2 au document préparé pour la session plénière de ce Comité directeur qui s'est tenue à Strasbourg les 3 et 4 octobre 2002 (document CD – ESR (2002) 10, Strasbourg, le 13 août 2002).

¹⁸⁶ Cf. les conventions et accords qui lient la Suisse dans le Recueil systématique du droit fédéral, RS 0.414.1 à 6. Il est intéressant de noter que la Convention européenne du 11 décembre 1953 relative à l'équivalence des diplômes donnant accès aux établissements universitaires (RS 0.414.1), par exemple, est accompagnée d'une déclaration de la Suisse aux termes de laquelle le Conseil fédéral réserve la compétence des cantons en matière d'éducation, telle qu'elle découle de la constitution fédérale, ainsi que l'autonomie universitaire.

document publié par la « European University Association »¹⁸⁷ demande l'ouverture d'un dialogue entre Ministres de l'éducation, les services compétents de la Commission européenne et le secteur de l'éducation supérieure, d'une part, et les responsables des négociations commerciales, d'autre part, en vue de promouvoir une plus grande transparence dans les négociations en cours. Ce dialogue devrait s'inspirer des principes suivants :

- Ratification de la Convention de Lisbonne.
 - Analyse des conséquences de la libéralisation du commerce des services sur le processus de Bologne et la création d'un espace européen de l'éducation supérieure.
 - Maintien de l'intégrité des institutions d'enseignement supérieur.
 - Promotion de l'expérience des étudiants.
 - Distinction à établir entre les établissements (publics et privés) qui ne recherchent pas le profit et les établissements à but commercial.
 - Reconnaissance de l'importance d'assurer la qualité de l'enseignement sur les plans national et régional.
3. Il nous faut encore examiner, dans ce contexte, la portée et les conséquences de l'article VII du GATS (« Reconnaissance »), disposition qui figure dans la partie II de l'Accord relative aux obligations et disciplines générales.

Dans son message du 19 septembre 1994, le Conseil fédéral résume le contenu de cet article dans les termes suivants¹⁸⁸ :

« S'agissant d'assurer le respect des normes nationales concernant l'octroi d'autorisations pour les fournisseurs de services, le principe de la nation la plus favorisée¹⁸⁹ s'applique de façon conditionnelle à la reconnaissance des conditions de qualification étrangères (art. VII). La reconnaissance (autonome ou par voie d'accorde) des qualifications acquises dans un pays déterminé, de l'éducation, de l'expérience, etc. ou des certificats ne doit pas être automatiquement étendue aux qualifications acquises dans d'autres pays membres. Toutefois, la reconnaissance ne doit pas non plus être utilisée comme un moyen de discrimination ni comme une restriction déguisée au commerce des services. Le pays qui accorde la reconnaissance est tenu de négocier, aussi avec d'autres pays intéressés, des accords comparables. Dans les cas où un membre accorde la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre membre une possibilité adéquate de démontrer que les qualifications acquises sur son territoire devraient être reconnues. »

Il est évident que la reconnaissance des qualifications acquises à l'étranger revêt une grande importance pour la libéralisation du commerce des services, en particulier dans le domaine de l'éducation.¹⁹⁰ Les obligations imposées aux Etats

¹⁸⁷ «The Bologna Process and the GATS Negotiations», document du 10 juin 2002. La Déclaration de Bologne, dont l'objectif est de créer « un espace européen de l'enseignement tertiaire », a été signée en 1999. Elle vise à faciliter la mobilité des étudiants par une reconnaissance réciproque des titres universitaires.

¹⁸⁸ FF 1994 IV 247 et 248.

¹⁸⁹ Cf. le chiffre 4 ci-après au sujet du principe du traitement de la nation la plus favorisée.

¹⁹⁰ Cf. Matthias Koehler, op. cit. (note 42), p. 112 et 113.

membres par l'article VII du GATS ont cependant une portée limitée. C'est ainsi qu'aux termes du paragraphe 2, les membres parties à un accord ou à un arrangement portant sur la reconnaissance des équivalences sont tenus de « ménager » aux autres membres intéressés « une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement ou de négocier des accords ou arrangements qui lui sont comparables ».

Ainsi que le relève Matthias Koehler, « Kern der Norm ist (...) nur die Verpflichtung, in Verhandlungen zu treten¹⁹¹ ».

4. Le principe du traitement de la nation la plus favorisée est inscrit dans la partie II du GATS (obligations et disciplines générales), à son article II. Il s'applique, d'une manière générale, à toutes les mesures couvertes par l'Accord. Dans son message du 19 septembre 1994, le Conseil fédéral a décrit la portée de ce principe dans les termes suivants¹⁹²:

« Le GATS est fondé sur la règle inconditionnelle du traitement de la nation la plus favorisée (art. II). Si l'Etat admet des services ou fournisseurs de services étrangers sur son territoire, il doit, en vertu du principe de la nation la plus favorisée, accorder un traitement non moins favorable aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre membre de l'OMC. L'égalité de traitement doit être accordée sur le champ et ne peut être soumise à des conditions (telles que la réciprocité). Le fait que les avantages accordés reposent sur des engagements internationaux, sur une législation autonome ou sur une pratique administrative ne joue aucun rôle. L'égalité de traitement entre services et fournisseurs de services étrangers empêche, d'une part, la discrimination des fournisseurs de services de certains pays par rapport à d'autres. D'autre part, le principe de la nation la plus favorisée est un gage de participation de tous les pays membres à la libéralisation progressive, que les différents membres de l'OMC peuvent mettre en œuvre de façon autonome ou négocier entre eux. »

Le paragraphe 2 de l'article II du GATS a prévu la possibilité de dérogations au principe figurant au paragraphe 1 (exemptions nationales).

Ces exemptions doivent se référer essentiellement à des mesures isolées et concrètes, qui étaient déjà en vigueur lors de la conclusion des négociations.

La Suisse a fait valoir une série d'exemptions nationales du principe de la nation la plus favorisée, afin de garder sa liberté d'action pour sa coopération avec certains pays et plus particulièrement avec les Etats européens¹⁹³. Des exemptions ont pu être négociées pour le secteur audio-visuel, les transports, la circulation des personnes et les services financiers. Pour ce qui est du séjour temporaire des personnes physiques fournissant des services, une exemption

¹⁹¹ Op. cit. (note 42). p. 113. En ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée, l'auteur relève ce qui suit (p. 112 et 113) : « Bedeutsam an dieser Regelung ist zum einen, dass die in dieser Materie geschlossenen zwischenstaatlichen Verträge der Meistbegünstigungswirkung entzogen werden, da anderenfalls zusätzliche Beitrittsverhandlungen aufgrund der automatisch gemäss Art. II, Abs. 1, GATS einsetzenden Multilateralisierungswirkung nicht erforderlich wären. »

¹⁹² FF 1994 IV 245 et 246.

¹⁹³ FF 1994 IV 268.

permet de privilégier les ressortissants de l'Union européenne et des Etats membres de l'AELE, qui sont des zones traditionnelles de recrutement de main-d'oeuvre¹⁹⁴.

5. Dans le GATS, c'est le critère du « traitement non moins favorable » qui a été utilisé pour exprimer l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée¹⁹⁵. Le sens à donner à ce critère a fait l'objet d'une « constatation » dans le rapport du groupe spécial¹⁹⁶ chargé de l'affaire « Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes ». Il s'agissait de déterminer si la clarification concernant le critère du « traitement non moins favorable » contenue à l'article XVII du GATS (Traitement national), paragraphe 3, à savoir « le traitement formellement identique ou formellement différent » et « les conditions de concurrence », devait aussi être prise en compte pour l'interprétation de l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée figurant à l'article II du GATS. Le groupe spécial a estimé qu'il fallait aussi donner un sens large au critère du « traitement non moins favorable » énoncé à l'article II, qu'il a donc interprété comme l'obligation d'assurer des conditions de concurrence « non moins favorables » aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays¹⁹⁷.
6. L'éducation n'est pas un domaine qui figure sur la liste suisse d'exemptions du traitement de la nation la plus favorisée. La Suisse est donc tenue d'assurer des conditions de concurrence « non moins favorables », dans ce secteur, aux services et fournisseurs de services similaires de tout pays. Cette obligation concerne les mesures qui affectent le commerce des services prises par les « gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux » (art. 1^{er}, par. 3, lettre a, i), du GATS), donc aussi par les cantons. Encore faut-il qu'il s'agisse de mesures couvertes par l'Accord (art. II, par. 1, du GATS), ce qui ne devrait pas être le cas des accords bilatéraux et multilatéraux conclus sur la reconnaissance des équivalences dans l'enseignement supérieur, en raison de leur contenu spécifique¹⁹⁸ et du fait qu'ils ont été conclus en tenant compte des liens existant, par exemple, entre les pays de la région européenne (Convention de Lisbonne).

Le Professeur Richard Senti insiste toutefois à bon droit sur l'importance que revêt le principe du traitement de la nation la plus favorisée dans le système du GATS¹⁹⁹. Il suffit de se référer, à cet égard, à la fourniture d'un service par un membre grâce à une présence commerciale sur le territoire d'un autre membre

¹⁹⁴ FF 1994 IV 269. Voir aussi : Richard Senti, op. cit. (note 1), p. 576.

¹⁹⁵ Cf. la note d'information du Secrétariat de l'OMC citée à la note 5 ci-dessus, p. 15.

¹⁹⁶ Le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (RS 0.632.20) prévoit, à son article 6, l'établissement de groupes spéciaux comme étape dans le déroulement de la procédure de règlement des différends applicable aux différents accords commerciaux multilatéraux, parmi lesquels figure le GATS.

¹⁹⁷ Cf. le document de l'OMC WT / DS 27 / R / USA, paragraphes 7.298 à 7.304, cité dans la note d'information du Secrétariat citée à la note 5 ci-dessus, p. 15, note 45. Cf. aussi Matthias Koehler, op. cit. (note 42), p. 104 et 105.

¹⁹⁸ On peut en effet se demander s'il s'agit d'un commerce de services tel qu'il est défini à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du GATS. Voir aussi les remarques formulées au chiffre 3 ci-dessus.

¹⁹⁹ Op. cit. (note 1), p. 603 : "Analog zum GATT ist das Prinzip der Meistbegünstigung ein Kernbereich des GATS."

(art. 1^{er}, par. 2, lettre c, du GATS), et cela indépendamment de tout engagement spécifique pris par ce membre quant à l'accès à son marché. Des mesures restrictives adoptées, par exemple, dans une législation cantonale devraient être appliquées de manière à assurer des conditions de concurrence « non moins favorables » aux fournisseurs de services similaires de tout pays.

Enfin, il n'est pas inutile de relever, en ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée, que l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II précise que ces exemptions doivent exister au moment de l'entrée en vigueur du GATS. Toute nouvelle exemption demandée après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC devrait suivre la procédure prévue au paragraphe 3 de l'article IX dudit Accord, ce qui exclut pratiquement une telle démarche. En effet, la disposition précitée exige la présence de « circonstances exceptionnelles » et l'adoption d'une décision par les trois quarts des Etats membres représentés à la Conférence ministérielle. Il convient également de souligner le fait que les exemptions ne devraient en principe pas dépasser une période de dix ans et qu'en tout cas elles feront l'objet de négociations lors des séries de libéralisation des échanges ultérieures (Annexe, par. 6).

C) Résumé et conclusions générales

1. Le GATS contient deux types de dispositions²⁰⁰. Les premières énoncent des obligations générales, dont certaines s'appliquent à tous les secteurs de services, par exemple le traitement de la nation la plus favorisée (art. II). Les secondes contiennent des engagements spécifiques qui sont inscrits dans des listes nationales qui sont annexées au GATS et en font partie intégrante. L'accès aux marchés (art. XVI) et le traitement national (art. XVII) ne sont applicables que dans la mesure où ils ont été spécifiés dans ces listes. Un Etat ne peut revenir sur les engagements spécifiques qu'il a contractés dans un secteur déterminé qu'en échange d'une compensation dans d'autres secteurs.
2. En Suisse, les dispositions du GATS s'appliquent non seulement à la Confédération, mais aussi aux cantons et aux communes, dans la mesure où ces entités réglementent l'accès aux marchés et l'exercice d'activités de services par des particuliers²⁰¹.
3. Le GATS s'applique aux mesures des membres qui affectent le commerce des services (art. 1^{er}, par. 1)²⁰². Le commerce des services est défini par référence à quatre modes de fourniture d'un service (art. 1^{er}, par. 2) :
 - la fourniture transfrontalière de services ;
 - l'utilisation d'un service par un consommateur étranger qui se rend dans un autre pays pour consommer un service ;
 - la fourniture d'un service par une présence commerciale à l'étranger ;
 - la fourniture de services par des fournisseurs se rendant personnellement à l'étranger à cette fin.
4. Le GATS couvre essentiellement toutes les activités de services, à l'exclusion des services fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (art. 1^{er}, par. 3, lettre b)²⁰³. 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 (art. 1^{er}, par. 3, lettre c).
5. L'Etat qui inscrit des restrictions dans sa liste concernant l'accès à son marché et / ou le traitement national prend l'engagement de « consolider » les restrictions existantes et de ne pas les rendre plus restrictives²⁰⁴. L'Etat qui n'entend pas limiter l'accès à son marché ou le traitement national dans un secteur et pour un mode de fourniture donnés inscrit dans la colonne appropriée de sa liste la mention : « Néant » (« None »). L'Etat qui entend demeurer libre d'instituer ou de continuer à appliquer, dans un secteur et pour un mode de fourniture donnés, des mesures incompatibles avec le libre accès au marché et / ou le traitement

²⁰⁰ Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 2.

²⁰¹ Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 3.

²⁰² Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 3.

²⁰³ Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 3.

²⁰⁴ Cf., sous lettre A, chapitre I, ch. 4.

national inscrit dans la colonne appropriée de sa liste la mention : « Non consolidé » (« Unbound »).

6. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés ont été contractés, les mesures qu'un membre ne peut ni maintenir, ni adopter comprennent, en particulier, les limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, ainsi que les limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier (art. XVI, par. 2).
7. La modification des listes nationales est soumise à un certain nombre de conditions (art. XXI)²⁰⁵. Ainsi, chaque modification devra être notifiée au Conseil du commerce des services et tout Etat partie au GATS affecté par cette mesure aura le droit de demander l'ouverture de négociations en vue d'obtenir des compensations appropriées qui seront accordées sur la base du principe de la nation la plus favorisée.
8. Dans sa réponse du 28 août 2002 à l'interpellation Pascale Bruderer, le Conseil fédéral a résumé les engagements pris par la Suisse, dans le domaine de l'éducation, en matière d'accès au marché et de traitement national, après avoir précisé qu'ils ne s'appliquent qu'aux services d'enseignement privés²⁰⁶:
 - Services d'enseignement obligatoire (primaire et secondaire I) par le biais d'une présence commerciale, par exemple établissement d'une institution éducative étrangère.
 - Services d'enseignement secondaire non obligatoire (secondaire II) au titre des trois premiers modes de fourniture d'un service déjà cités (fourniture transfrontière, consommation à l'étranger, présence commerciale).
 - Services d'enseignement supérieur et services d'enseignement pour adulte, au titre des premier, deuxième et troisième modes de fourniture de services.

Le Conseil fédéral ajoute, pour être complet, qu'il existe un quatrième mode de fourniture (présence de personnes physiques) pour lequel l'engagement de la Suisse a été pris de manière horizontale pour tous les secteurs.

9. Selon le Conseil fédéral, la liste des engagements spécifiques pris par la Suisse reflète l'état actuel de l'accès aux marchés. En outre, le Conseil fédéral ajoute que, même lorsqu'un engagement spécifique est pris par un Etat dans un secteur déterminé, le GATS laisse à cet Etat la latitude d'appliquer dans ce secteur ses législations nationales, dans la seule mesure où elles ne sont pas discriminatoires, aux prestataires de services nationaux et étrangers²⁰⁷.
10. S'agissant du secteur de l'éducation, les Etats membres de l'OMC qui ont choisi de prendre des engagements dans ce domaine ont souvent mis l'accent, en particulier, sur la notion de « service public » par référence à la clause d'exclusion figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 3, lettre b, du GATS (« services

²⁰⁵ Cf., sous lettre A, le chapitre III.

²⁰⁶ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 5.

²⁰⁷ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 7.

fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »)²⁰⁸. C'est le cas notamment de la Communauté européenne, qui a non seulement limité ses engagements aux « Privat finanzierte Ausbildungsleistungen », mais qui a aussi tenu à préciser, au titre des « engagements horizontaux », son interprétation de la notion de « öffentliche Aufgaben ».

11. La Suisse, de son côté, s'est contentée d'inscrire au début de sa liste, dans le secteur des « Services d'éducation », une restriction aux « Services d'enseignement privé »²⁰⁹. En réponse à certaines critiques qui lui ont été adressées, le Conseil fédéral a invoqué notamment la disposition du préambule du GATS qui reconnaît le droit des membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire « afin de répondre à des objectifs de politique nationale ». Dans sa réponse du 15 mai 2002 à l'interpellation Peter Vollmer, le Conseil fédéral a ajouté un élément supplémentaire en relevant que le GATS protège la prérogative des membres d'appliquer leurs propres politiques de service public : « Le GATS est dépourvu d'effets sur le fondement du service public en Suisse »²¹⁰.
12. Compte tenu de la complexité du GATS et des incertitudes qui subsistent au sujet de l'interprétation de plusieurs de ses dispositions, et notamment de l'article 1^{er}, paragraphe 3, lettre b (« services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »), le juriste ne peut que rencontrer des difficultés à donner des réponses claires et précises à la question posée concernant la signification et la portée des engagements pris par la Suisse dans le domaine de l'éducation. Il est condamné à faire un pas de plus et à examiner, dans le cadre de la libéralisation progressive qui est un des fondements du GATS (Partie IV), les mesures qui pourraient être éventuellement prises pour essayer de lever certaines de ces incertitudes²¹¹.
13. Il n'est pas réaliste d'envisager que le Conseil fédéral puisse engager la procédure de modification de sa liste d'engagements spécifiques, telle qu'elle est prévue à l'article XXI du GATS²¹². Indépendamment de toute considération d'opportunité politique, cette procédure est en effet fort complexe et elle obligerait la Suisse à négocier des compensations dans d'autres secteurs que celui de l'éducation.

En revanche, les négociations en cours dans le cadre de l'« après Doha », négociations qui portent notamment sur le commerce des services, pourraient offrir à la Suisse la possibilité de clarifier et de préciser la portée des engagements pris dans le domaine de l'éducation, en s'inspirant notamment des réponses données par le Conseil fédéral aux interpellations Peter Vollmer et Pascale Bruderer²¹³.

²⁰⁸ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 9.

²⁰⁹ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 10.

²¹⁰ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 12.

²¹¹ Cf., sous lettre B, le chapitre I, ch. 14.

²¹² Cf., sous lettre B, le chapitre II, ch. 1.

²¹³ Cf., sous lettre B, le chapitre II, ch. 3 et ss.

14. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que, dans un document qui porte la date du 25 octobre 2002, la Commission européenne a elle-même pris l'initiative de suggérer une action sur le plan international²¹⁴. Celle-ci pourrait prendre la forme d'une « déclaration interprétative » faisant référence à certains textes existants de l'UNESCO qui soulignent le caractère de « bien public » de l'éducation. Il s'agirait, en d'autres termes, de faire en sorte que la protection assurée par le GATS aux « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (art. 1^{er}, par. 3, lettres b et c) s'applique au domaine de l'éducation, malgré l'existence, dans ce secteur, de fournisseurs privés à côté de services publics.
15. Nous préconisons une approche un peu différente, qui s'inspirerait des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Selon l'article 31, paragraphe 3, lettre b, de ladite Convention, qui reflète sur ce point l'état actuel du droit international coutumier, il est tenu compte, aux fins de l'interprétation d'un traité, « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »²¹⁵. Une telle « pratique ultérieurement suivie » dans l'application du GATS pourrait résulter, par exemple, de prises de position communes d'Etats principalement intéressés et reflétant un « accord » au sujet de l'interprétation à donner de certaines dispositions fondamentales du GATS (droit des Etats de réglementer la fourniture de services sur leur territoire afin de répondre à des objectifs de politique nationale, notion de « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », en particulier).
16. Il est aussi important de rappeler que le régime applicable à la conclusion de traités internationaux a été modifié notamment depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2000, de la constitution fédérale du 18 avril 1999²¹⁶. En particulier, le nouvel article 55, 1^{er} alinéa, prévoit que les cantons doivent être « associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels ». A cette fin, la Confédération doit informer les cantons en temps utile et de manière détaillée et les consulter (art. 55, al. 2).

Lorsque leurs compétences sont affectées, les cantons doivent être associés de manière appropriée aux négociations internationales (art. 55, al. 3). La loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (RS 138.1), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000, précise à ce sujet, à son article 5, 1^{er} alinéa, que si les compétences des cantons sont affectées, la Confédération associe des représentants des cantons à la préparation des mandats de négociation ainsi que, en règle générale, aux négociations.

17. L'approche que nous préconisons (cf. ch. 15 ci-dessus) présente aussi un intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer si, dans le domaine de l'éducation, la notion de service public et le système des subventions publiques sont touchés et remis en cause par les règles du GATS. Le point de départ de nos réflexions est l'article XIX, paragraphe 2, du GATS concernant la négociation des engagements

²¹⁴ Cf., sous lettre B, le chapitre II, ch. 6.

²¹⁵ Cf., sous lettre B, le chapitre II, ch. 7 et 8.

²¹⁶ Cf., sous lettre B, le chapitre II, ch. 11.

spécifiques²¹⁷. Cette disposition prévoit que « le processus de libéralisation progressive respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ». L'article précité doit être lu en relation avec le préambule de l'Accord, qui reconnaît explicitement « 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 » (cons. 4).

C'est sur cette base juridique que pourraient être formulées les prises de position communes évoquées ci-dessus et que nous assimilons à des « déclarations interprétatives » au sens où nous les avons comprises. Il est entendu que, pour la Suisse, il conviendrait de tenir compte, d'une part, de la limitation aux « Services d'enseignement privé » figurant dans sa liste d'engagements spécifiques et, d'autre part, des limitations qu'elle contient, à propos de l'accès au marché et du traitement national, quant aux différents modes de fourniture de services.

18. L'article XV du GATS engage les membres à mener des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter les effets de distorsion sur le commerce des services que peuvent avoir les subventions dans certaines circonstances²¹⁸. La Suisse a souligné la « grande importance » qu'elle attache à cette question²¹⁹. Elle n'a pas fait usage de la possibilité de formuler, au niveau des engagements horizontaux, des limitations ou des conditions concernant les subventions dans le domaine de l'éducation. Il lui appartient dès lors, en étroite coordination avec les cantons, de concentrer ses efforts sur les négociations y relatives, en gardant à l'esprit le « risque » que les lois cantonales et fédérales en la matière puissent être considérées comme des « entraves au commerce » contraires au GATS.
19. La question des relations entre le GATS et les autres accords, bilatéraux ou multilatéraux, conclus par la Suisse en matière de reconnaissance des équivalences dans l'enseignement supérieur doit être examinée en rappelant tout d'abord qu'il n'existe pas, en droit international, de hiérarchie entre les sources de ce droit²²⁰. D'un point de vue normatif, chaque traité doit être considéré comme étant indépendant des autres, dans la mesure où il exprime la volonté des parties de réaliser un objectif qui lui est propre.

Conçu comme « un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services », intégré lui-même dans un cadre institutionnel (l'OMC) qui lui est propre, le GATS présente des caractéristiques qui en font un instrument juridique à part. Il n'y a pas lieu dès lors de craindre des conséquences négatives des négociations sur les services en cours sur les accords bilatéraux ou multilatéraux susmentionnés et, en particulier, sur la Convention de Lisbonne sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne. S'agissant de ce dernier

²¹⁷ Cf., sous lettre B, le chapitre III, ch. 4.

²¹⁸ Cf., sous lettre B, le chapitre III, ch. 5.

²¹⁹ Cf., sous lettre B, le chapitre III, ch. 6.

²²⁰ Cf., sous lettre B, le chapitre IV, ch. 1 et ss.

enseignement, la Convention de Lisbonne pourrait, au contraire, être une source d'inspiration dans les efforts des négociateurs visant à assurer la qualité de cet enseignement. L'article VII du GATS, qui a trait à la reconnaissance des qualifications professionnelles, pourrait être la base du développement du réseau d'accords existant dans ce domaine de manière parallèle et complémentaire.

20. Le GATS est fondé sur la règle inconditionnelle du traitement de la nation la plus favorisée (art. II). Ce principe s'applique, d'une manière générale, à toutes les mesures couvertes par l'Accord²²¹. Il peut faire l'objet d'une exemption nationale inscrite dans une Annexe à l'Accord (art. II, par. 2). La Suisse a fait valoir une série d'exemptions, qui ne touchent toutefois pas le domaine de l'éducation, sauf sur un point : pour ce qui est du séjour temporaire des personnes physiques fournissant des services, une exemption permet de privilégier les ressortissants de l'Union européenne et des Etats membres de l'AELE. Il est pratiquement exclu d'envisager une extension de la liste des exemptions formulées par la Suisse.

Dans la mesure notamment où il doit être interprété comme imposant l'obligation d'assurer des conditions de concurrence « non moins favorables » aux services et fournisseurs de services similaires de tout pays, ce principe revêt une grande importance dans le système du GATS et pourrait, par exemple, entrer en conflit avec des mesures restrictives adoptées par une législation cantonale en ce qui concerne la fourniture d'un service d'éducation grâce à une présence commerciale sur le territoire suisse, et cela même en l'absence de tout engagement spécifique pris par la Suisse quant à l'accès à son marché dans le secteur considéré.

²²¹ Cf., sous lettre B, le chapitre IV, ch. 3.

D) Annexes

Engagements spécifiques de la Suisse dans le secteur de l'éducation

| SECTOR-SPECIFIC COMMITMENTS | | | | | |
|--|------------------------------|---------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|------------------------|
| Modes of supply : | 1) Cross-border supply | 2) Consumption abroad | 3) Commercial presence | 4) Presence of natural persons | |
| Sector or Sub-Sector | Limitations on Market Access | | Limitations on National Treatment | | Additional Commitments |
| 5. Educational Services | | | | | |
| Private Educational Services: | | | | | |
| - Compulsory education services (primary & secondary I) | 1) | Unbound* | 1) | Unbound | |
| | 2) | Unbound | 2) | Unbound | |
| | 3) | None** | 3) | None | |
| | 4) | Unbound | 4) | Unbound | |
| - Non-compulsory secondary education services (secondary II) | 1) | None | 1) | None | |
| | 2) | None | 2) | None | |
| | 3) | None | 3) | None | |
| | 4) | Unbound except as indicated in Part I | 4) | Unbound except as indicated in Part I | |
| - Higher Education Services (CPC 923) | 1) | None | 1) | None | |

| | | | | | |
|---|----|---------------------------------------|----|---------------------------------------|--|
| | 2) | None | 2) | None | |
| | | | | | |
| | 3) | None | 3) | None | |
| | | | | | |
| | 4) | Unbound except as indicated in Part I | 4) | Unbound except as indicated in Part I | |
| | | | | | |
| - Adult Education Services (CPC 924) | 1) | None | 1) | None | |
| | | | | | |
| | 2) | None | 2) | None | |
| | | | | | |
| | 3) | None | 3) | None | |
| | | | | | |
| | 4) | Unbound except as indicated in Part I | 4) | Unbound except as indicated in Part I | |
| | | | | | |

* « Unbound » = non consolidé (pas d'engagement)

** « None » = pas de restriction (ouvert)

Principaux ouvrages consultés

1. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I et II, Berne 2000.
2. Dominique Carreau / Patrick Juillard, Droit international économique, 4^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1998.
3. Patrick Daillier / Alain Pellet, Droit international public, 7^e édition, L. G. D. G., Paris 2002.
4. Pierre-Marie Dupuy, Droit international public, 6^e édition, Dalloz, Paris 2002.
5. Christian Etter, « Das Dienstleistungsabkommen der Uruguay-Runde und seine Bedeutung für die Schweiz », dans : Thomas Cottier (ed.), « GATT-Uruguay Round », Berne 1995, p. 91 à 105.
6. Heinz Hauser / Kai-Uwe Schanz, « Das neue GATT – Die Welthandelsordnung nach Abschluss der Uruguay-Runde », 2^e édition, Munich 1995.
7. Matthias Koehler, « Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) », « Schriften zum Internationalen Recht », vol. 106, Berlin 1999.
8. Paul Reuter, Introduction au droit des traités, 2^e édition, Presses universitaires de France, Paris 1985.
9. Christoph Scherrer, « GATS-Verhandlungsrunde im Bildungsbereich », « Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung », Université de Kassel, avril 2002.
10. Richard Senti, « WTO-System und Funktionsweise der Welthandelsordnung », Schulthess, Zurich 2000.