



Sur le statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sous le régime de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles

Expertise juridique demandée par le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI)

Professeur Astrid Epiney

Dr. Markus Kern

Institut de droit européen - Université de Fribourg



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
**Secrétariat d'Etat à la formation,
à la recherche et à l'innovation SEFRI**

Dans sa collection « Dossiers SEFRI », le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation. SEFRI publie des études prospectives, des résultats de recherche, des rapports sur des thèmes d'actualité dans les domaines de l'éducation de la recherche et de l'innovation. Mis ainsi à la disposition d'un large public, ces textes participeront au débat sur ces questions.

Les textes publiés n'engagent pas nécessairement le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation.

© 2014 Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI

ISSN 2296-3855



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR

**Secrétariat d'Etat à la formation,
à la recherche et à l'innovation SEFRI**

Universités

Effingerstrasse 27

CH - 3003 Berne

T +41 31 323 21 77

F +41 31 322 78 54

info@sbfi.admin.ch

www.sbfi.admin.ch

Table des matières

§ 1	Introduction et présentation du problème	4
§ 2	Cadre normatif	6
I.	Espace suisse des hautes écoles	6
1.	Bases constitutionnelles	6
2.	Buts et principes	7
a.	Assurance de la qualité	7
b.	Coordination	8
c.	Encouragement de la concurrence	9
d.	Impératif de différenciation	9
e.	Impératif d'égalité de traitement	10
f.	Autonomie des hautes écoles	10
3.	Cadre institutionnel	11
II.	Autres prescriptions juridiques	12
1.	Droits fondamentaux	13
a.	Observations d'ordre général	13
b.	Liberté de la science (art. 20 Cst.)	13
c.	Liberté économique (art. 27 et 94 Cst.)	15
d.	Conclusion	16
2.	Règles de l'OMC	16
3.	Sur la portée des accords bilatéraux : l'accord sur la libre circulation des personnes	19
I.	L'accréditation selon la LEHE : aperçu et applicabilité aux institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles	21
1.	Aperçu	21
2.	Applicabilité aux institutions étrangères et privées	22
II.	Conditions et effets de l'obligation d'accréditation	24
1.	Portée de l'obligation d'accréditation pour les institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles	24
2.	Marge de manœuvre restante pour les accréditations cantonales	27
III.	« Exécution » de l'accréditation : la reconnaissance des accréditations étrangères	29
IV.	Conséquences juridiques d'une accréditation	30
1.	Droit à l'appellation, attribution du titre et protection du titre	30
2.	Participation aux travaux des organes communs et subordination à leurs décisions	31
a.	Participation au sein des organes communs	32
b.	Subordination aux décisions des organes communs	32
3.	Autres conséquences juridiques	33
§ 4.	Conclusion	35
	Bibliographie	37
	Documents de référence	39
	Liste des abréviations	40

§ 1 Introduction et présentation du problème

1. Les nouvelles **dispositions constitutionnelles sur la formation** acceptées le 21 mai 2006 par le peuple et les cantons ont posé l'espace suisse de la formation sur une nouvelle base constitutionnelle. Une disposition distincte a été introduite à l'occasion de cette réforme à l'art. 63a Cst. pour le domaine des hautes écoles ; elle remodèle la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, et définit des buts, des règles d'action et des instruments applicables à l'espace suisse des hautes écoles. Elle mentionne explicitement les Écoles polytechniques fédérales et autres institutions fédérales du domaine des hautes écoles (art. 63a, al. 1, Cst.), ainsi que les hautes écoles et autres institutions cantonales du domaine des hautes écoles (art. 63a, al. 2, Cst.) ; elle ne cite pas expressément, en revanche, les hautes écoles privées ni les institutions étrangères (publiques) du domaine des hautes écoles, auxquelles elle s'applique cependant aussi¹.

2. Les textes d'exécution adoptés jusqu'à présent pour concrétiser ce cadre constitutionnel traitent surtout des établissements rattachés à la Confédération et aux cantons, mais certains ne s'en s'appliquent pas moins aussi à des institutions du domaine des hautes écoles possédant un ancrage institutionnel différent. Au niveau fédéral, la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles sur le domaine des hautes écoles est garantie par la **loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles** (LEHE)², adoptée le 30 septembre 2011. Au niveau intercantonal, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) a adopté le 20 juin 2013 l'**accord intercantonal sur le domaine suisse des hautes écoles (concordat sur les hautes écoles)**, que les cantons doivent encore ratifier ; ce document règle la collaboration des cantons concordataires entre eux et avec la Confédération, et donne une base juridique à la **convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (convention de coopération)** – elle aussi en préparation.

3. Pour ce qui est de la mise en œuvre des dispositions de la Constitution, de la loi, du concordat et de la convention de coopération, le cadre normatif ainsi esquissé pour le domaine des hautes écoles en Suisse sera complété par les **dispositions d'exécution** de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (art. 67 LEHE) que doit édicter le Conseil fédéral, par les **conventions d'exécution** du concordat sur les hautes écoles, ainsi que par les **directives d'accréditation** dans le domaine de l'assurance de la qualité qui émaneront du Conseil des hautes écoles et concrétiseront les conditions d'accréditation des institutions et des programmes (art. 30, al. 2, LEHE).

4. Quel **statut** auront les **établissements étrangers et privés au sein du domaine des hautes écoles** dans ce nouveau cadre juridique du domaine des hautes écoles, dont certains éléments sont encore en devenir, et quels droits et obligations engendre pour eux le nouveau régime ? Les principaux points à élucider, pour répondre à ces questions, sont les suivants :

- en ce qui concerne le **champ d'application de la LEHE** ou de certaines de ses dispositions, il convient de déterminer les **conditions** dans lesquelles l'accréditation d'institution visée dans la LEHE sera obligatoire pour des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles ;
- si cette accréditation leur est accordée, on peut se demander quels **droits et obligations** en découleront pour les institutions étrangères ou privées du domaine des hautes écoles, en particulier sur le plan de la coopération au sein des organes communs et du caractère impératif des décisions de ces derniers à leur égard, au-delà de la protection des titres et appellations ;
- sachant que l'accréditation est aussi possible à l'étranger, il faudra déterminer si, et le cas échéant dans quelles conditions, l'**accréditation étrangère** peut ou doit impérativement être **reconnue**, et quels établissements pourraient légitimement demander sa reconnaissance ;
- et enfin, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure la procédure d'accréditation d'institution et de programmes instituée par la législation fédérale laisse une place à la **reconnaissance cantonale** d'établissements, de programmes d'études et de diplômes.

5. **La structure de la présente étude** se présente donc comme suit. Dans un premier temps (§ 2), nous esquissons le cadre légal actuel des questions à analyser, en préparation à l'exploration spécifique des problèmes ; nous examinerons la façon dont la législation façonne l'espace suisse des hautes écoles, mais il conviendra d'envisager aussi d'autres

¹ Voir également BIAGGINI, Kommentar BV, art. 63a, paragr. 2.

² Loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE).

contraintes découlant des droits fondamentaux, du droit international, voire des accords dits bilatéraux. Après quoi (§ 3), nous nous pencherons plus attentivement sur des aspects essentiels du statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles définis dans la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, ou dictés par le régime qu'elle instaure, en passant en revue les conditions et les effets de l'obligation d'accréditation, la mise en œuvre de cette dernière et les conséquences juridiques de l'accréditation. Les principaux résultats de cet examen seront enfin récapitulés sous forme de thèses, suivies d'une brève conclusion (§ 4).

La présente étude a pour origine une expertise demandée aux auteurs par le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI). Ce travail est indépendant dans sa teneur : les auteurs avaient pour instruction de procéder en toute indépendance à la clarification des questions qui leur étaient soumises, sans égard particulier pour quelque intérêt que ce soit. Les questions avaient été formulées ainsi :

- Il convient de faire ressortir les effets de la LEHE sur les institutions privées suisses et étrangères ainsi que sur les institutions étrangères publiques opérant en Suisse du domaine des hautes écoles. Les questions à examiner en particulier sont les suivantes :
- Outre l'appellation (universités, HES, HEP, etc.), quelles conditions doit remplir un établissement privé ou étranger pour entrer dans le champ d'application de la LEHE et pour que le droit suisse lui soit applicable ? Suffit-il qu'il fasse la promotion de ses services en Suisse ? Faut-il qu'il possède en outre un bureau, une adresse, une inscription au registre du commerce, un personnel, son propre campus, etc. ? Comment traiter l'offre étrangère d'enseignement supérieur à distance ? Quelles formulations adoptées par des hautes écoles étrangères pour leur diplôme (« décerné à Lugano », par exemple) pourraient relever de la LEHE (si l'université de Harvard se propose d'ouvrir une antenne à Lugano et d'y décerner des diplômes de Harvard, par exemple) ?
- Quelles conséquences aurait, au-delà du droit à l'appellation correspondante, l'accréditation d'institution pour un établissement privé (reconnaissance du diplôme à l'échelle nationale, par exemple) ?
- L'institution privée accréditée devrait-elle se plier aux décisions (prescriptions en matière de cycles d'études, formulation des titres, validation des acquis, etc.) des organes communs (de la Conférence suisse des hautes écoles ou de la Conférence des recteurs des hautes écoles suisses, par exemple) ?
- Serait-il possible de reconnaître l'accréditation étrangère d'un établissement d'enseignement supérieur étranger en Suisse comme une accréditation d'institution visée à la LEHE ? Cette possibilité devrait-elle exister aussi pour les hautes écoles suisses en vertu de l'égalité de traitement des nationaux ?
- Quelle marge de manœuvre reste-t-il en ce qui concerne le maintien de la reconnaissance cantonale d'établissements universitaires et de leurs diplômes (reconnaissance d'une université privée par le canton du Valais, par exemple) ? Se reporter à ce sujet à l'art. 12, al. 3, let. A, LEHE.

Nous remercions ici de sa confiance et de son agréable coopération le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI), et en particulier Madame *Christina Baumann*, Madame *Isabella Brunelli*, Madame *Jenny Hutter*, Monsieur *Marco Scruzzi* et Madame *Silvia Studinger*.

§ 2 Cadre normatif

6. Les principaux aspects examinés ici du statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sont à replacer dans le contexte du **cadre normatif général** de ce domaine. Ce cadre ressort de la **Constitution**, qui couvre (au-delà de la garantie de droits fondamentaux) certains aspects de la répartition des compétences, mais aussi certains buts et principes, ainsi que des questions institutionnelles ; l'application de ces règles constitutionnelles est précisée dans la **législation**, notamment la loi fédérale sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, mais aussi les **accords et conventions conclus entre les cantons ainsi qu'entre ces derniers et la Confédération**. Viennent s'y ajouter d'autres dispositions d'exécution, directives, et textes similaires³. Il faut par ailleurs se reporter aux **normes générales du droit international** en la matière, en particulier les règles de l'OMC et les accords dits bilatéraux entre la Suisse et l'UE.

7. La description donnée ici de ce cadre normatif est nécessairement très incomplète ; mais eu égard au but de cette étude, il s'agit plutôt d'esquisser les grands aspects « systémiques » du dispositif, en préparation à l'analyse approfondie de certaines questions juridiques relatives au statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles. Seront examinées les normes concernant spécifiquement l'espace suisse des hautes écoles (I), puis les autres normes (II).

I. Espace suisse des hautes écoles

8. En ce qui concerne le cadre légal de l'espace suisse des hautes écoles, il convient de se pencher sur les bases constitutionnelles (1), mais surtout aussi sur les buts et principes de l'espace suisse de la formation en général et de l'enseignement supérieur en particulier (2) ainsi que sur le cadre institutionnel (3).

1. Bases constitutionnelles

9. Les nouvelles **dispositions constitutionnelles sur la formation**⁴ redistribuent les tâches et les compétences entre la Confédération et les cantons, et remodèlent l'organisation et les procédures de pilotage de l'espace suisse de la formation⁵. En ce qui concerne l'enseignement supérieur, le nouveau régime est en grande partie défini à l'art. 63a Cst., qu'il faut examiner à la lumière des dispositions générales sur la formation, en particulier celles sur les buts et programmes généraux (art. 61a Cst.), la souveraineté cantonale (art. 62, al. 1, Cst.) et la recherche (art. 64 Cst.), sans perdre de vue pour autant les autres normes constitutionnelles, notamment la garantie des droits fondamentaux et les objectifs sociaux⁶.

10. Les règles que fondent ces dispositions constitutionnelles en matière de **répartition des tâches entre la Confédération et les cantons** sont sous-tendues par une conception coopérative du fédéralisme, et confient à la Confédération et aux cantons la responsabilité partagée du domaine des hautes écoles⁷. La répartition des attributions et des tâches est ainsi modulée à trois niveaux :

- les **compétences** de la Confédération et des cantons restent **parallèles** en ce qui concerne le **rattachement institutionnel** des hautes écoles (art. 63a, al. 1, en lien avec l'art. 3 Cst.) ;

³ Voir paragr. 2 s ci-dessus.

⁴ Voir paragr. 1 ci-dessus.

⁵ Pour un bref aperçu, voir par exemple RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, p. 506 s. ; pour plus de détails sur les nouvelles dispositions constitutionnelles sur la formation : EHRENZELLER, *Hochschulautonomie*, p. 206 ss.

⁶ EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., *Commentaire saint-gallois*, art. 63a paragr. 5 ; EHRENZELLER, *Hochschulautonomie*, p. 208 ; EHRENZELLER, *Hochschulraum*, p. 682.

⁷ EHRENZELLER, *Hochschulraum*, p. 683 ; pour une présentation plus précise de la genèse du modèle coopératif de régulation du domaine des hautes écoles, voir EHRENZELLER/REISNER, *Bologna*, p. 238 ss.

- les **compétences** sont également **parallèles** pour ce qui est du **soutien** dans le **domaine des hautes écoles**, mais avec un volet impératif (hautes écoles cantonales) et un autre potestatif (autres institutions reconnues du domaine des hautes écoles) pour la Confédération (art. 63a, al. 2, Cst.) ;
- c'est **ensemble** que la **Confédération et les cantons** « veillent à la coordination et à la garantie de l'assurance de la qualité dans l'espace suisse des hautes écoles » (art. 63a, al. 3, Cst).

11. Cette formulation des règles conduit souvent à dire que le domaine des hautes écoles donne un exemple de **compétences parallèles**⁸ ; l'originalité du dispositif réside dans le fait que les compétences de la Confédération et des cantons coexistent, et que l'usage de la compétence fédérale – contrairement à ce qui se passe en cas de compétences concurrentes – ne supprime pas la compétence cantonale, ni ne prive les cantons de leurs compétences dans le domaine concerné⁹. Ce qui ne veut pas dire que les cantons jouissent dans ces domaines d'une liberté totale : ils doivent respecter les prescriptions du droit fédéral en vertu de la **force dérogatoire** de ce dernier ou (pour mieux dire) de la **primauté du droit fédéral** (art. 49, al. 1, Cst., qui dit que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire). Nous reviendrons sur ce point à propos de la marge d'action que conservent les cantons dans l'accréditation d'institutions du domaine des hautes écoles¹⁰.

12. Comme **instruments d'exécution de ces tâches**, la Constitution fédérale prévoit la conclusion d'accords entre la Confédération et les cantons (accords de coopération ; une base légale est en outre nécessaire sur le versant cantonal, fonction que remplissent le concordat sur les hautes écoles et les conventions d'exécution) ; elle envisage aussi la délégation de certaines compétences à des organes communs, et fonde la loi fédérale d'exécution (art. 63a, al. 4, Cst.). Pour le cas où la Confédération et les cantons ne parviennent pas à atteindre les objectifs communs par la voie privilégiée de la coopération, la Constitution crée par ailleurs (art. 63a, al. 5 Cst.) – un peu à titre de solution de secours et de moyen de pression – une compétence subsidiaire (qui constitue aussi une obligation) habilitant la Confédération à légiférer elle-même sur un certain nombre de points (niveaux d'enseignement et passage de l'un à l'autre, formation continue, reconnaissance des institutions et des diplômes).

2. Buts et principes

13. Les bases légales relatives à l'espace suisse des hautes écoles¹¹ définissent un certain nombre de **but**s et de **principes** en termes assez généraux. En tant que tels, la plupart d'entre eux ne sont par nature pas suffisamment explicites pour être directement applicables ; mais ils n'en sont pas moins importants sur le plan juridique du fait qu'ils guident l'**interprétation** des textes qui les concrétisent et doivent garantir leur réalisation et leur respect. Il faut par ailleurs en tenir compte aussi dans l'interprétation de certaines normes juridiques portant sur l'espace suisse des hautes écoles.

14. Parmi les buts et principes applicables à l'espace suisse des hautes écoles – définis surtout dans la Constitution, mais que reprend en particulier aussi la législation – on peut principalement citer l'assurance de la qualité (a), la coordination (b), l'encouragement de la concurrence (c), l'impératif de différenciation (d), l'impératif d'égalité de traitement (e) et l'autonomie des hautes écoles (f).

a. Assurance de la qualité

15. La Confédération et les cantons ont l'obligation de veiller à la qualité et à l'assurance de la qualité¹² dans l'espace suisse de formation en général (art. 61a, al. 1, Cst.) et dans celui des hautes écoles en particulier (art. 63a, al. 3, Cst.). La Constitution table d'abord sur la coopération pour l'assurance de la qualité, mais confie subsidiairement

⁸ Voir par exemple TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 paragr. 34 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, paragr. 1101.

⁹ Sur ces divers types de compétences, voir TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 paragr. 26 ss ; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, paragr. 1091 ss.

¹⁰ Voir paragr. 75 ss ci-dessous.

¹¹ Voir à leur sujet paragr. 2 s., 6.

¹² Pour plus de détails sur l'omniprésence de la qualité dans les nouvelles dispositions constitutionnelles sur la formation, voir HÖRDEGEN, Grundziele, p. 132 ss.

cette tâche (reconnaissance des institutions) à la Confédération. Cette **obligation d'assurance de la qualité** est reprise et précisée sur certains points dans la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (art. 1, al. 1 ; art. 1, al. 2, let. B ; art. 3, let. a, LEHE), dans le concordat sur les hautes écoles (art. 1, let. a et b ; référence aux buts de la LEHE à l'art. 1, let. d), ainsi que dans les conventions de coopération qui s'appuient sur lui (art. 1 de la convention, avec référence aux buts de la LEHE). Dans ce but, les hautes écoles sont tenues de veiller à l'assurance et au développement de la qualité à long terme (art. 27 LEHE)¹³. Dans le champ de compétence des autorités, la surveillance et le contrôle de l'assurance de la qualité et la préservation de standards minimaux dans les universités se fondent sur l'**accréditation**¹⁴, instrument sur lequel nous reviendrons à propos du statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles, auxquelles est consacrée notre étude¹⁵.

16. L'assurance requise de la qualité est un objectif à deux niveaux. D'une part, il convient de **préserver le haut niveau et la réputation des hautes écoles suisses** en matière d'enseignement, de recherche, de services et de formation continue universitaire, de sorte que l'enseignement supérieur soit en mesure de remplir ses missions au service de la société, de l'économie et de l'État. Et d'autre part, l'assurance de la qualité présente une composante individuelle : la **protection du consommateur**, qui impose de veiller à la qualité des prestations offertes aux étudiants et aux bénéficiaires des services. Il importe de s'attaquer au problème particulièrement délicat de l'information sur la formation et la recherche, car les étudiants et les bénéficiaires des services ne sont souvent pas suffisamment renseignés pour apprécier par avance avec assez de précision la qualité de telle ou telle offre¹⁶. L'accréditation doit donc garantir un niveau minimum de qualité des prestations, de sorte que les hautes écoles ne puissent pas profiter du déficit de connaissance préalable de la qualité pour offrir et vendre des prestations de qualité insuffisante¹⁷. L'objectif d'assurance de la qualité ne cherche en revanche pas à limiter l'offre aux produits commercialement rentables : c'est à la concurrence de montrer s'il existe une demande suffisante pour telle ou telle offre¹⁸.

b. Coordination

17. Dans le paysage suisse des hautes écoles, la **coordination** est à la fois **un but et un instrument**. La Constitution fédérale impose à la Confédération et aux cantons de coordonner leur action dans l'enseignement supérieur (art. 63a, al. 3), tout en donnant à la Confédération des compétences subsidiaires pour le cas où elle et les cantons n'atteindraient pas les objectifs communs par leurs efforts de coordination (art. 63a, al. 5). Mais la coordination est aussi un but en soi, car elle fonde l'harmonisation et la cohérence de l'espace suisse des hautes écoles, de sorte qu'il satisfasse à de strictes normes de qualité. Parmi les objectifs plus précis formulés dans la loi, il convient particulièrement d'évoquer ici le développement des profils des hautes écoles (art. 3, let. c, LEHE), la cohérence des politiques de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation (art. 3, let. d, LEHE), la perméabilité et la mobilité entre les hautes écoles (art. 3, let. e, LEHE), l'harmonisation de la structure des études, des cycles d'études et du passage d'un cycle à l'autre, la reconnaissance mutuelle des diplômes (art. 3, let. f, LEHE), et la répartition des tâches dans les domaines particulièrement onéreux (art. 3, let. h, LEHE)¹⁹.

¹³ L'assurance de la qualité incombant aussi bien aux pouvoirs publics que (par le biais de l'art. 27 LEHE) aux hautes écoles, on ne saurait parler d'obligation subsidiaire des premiers : EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a paragr. 5 ; voir également EHRENZELLER, Hochschulraum, p. 687 ; Rapport CSEC-CN Article constitutionnel sur l'éducation, FF 2005 5159, 5207 s. ; *contra* BIAGGINI, Kommentar BV, art. 63a paragr. 11.

¹⁴ Art. 28 ss LEHE ; en ce qui concerne la teneur de la compétence subsidiaire de la Confédération, l'art. 63a, al. 5, Cst. mentionne la reconnaissance des institutions et des diplômes, ce qui pourrait tout à fait s'appliquer à l'accréditation. Voir ci-dessous paragr. 62 ss.

¹⁵ Voir section 3 ci-dessous, paragr. 61 ss.

¹⁶ Pour plus de détails sur le problème de l'asymétrie de l'information dans le domaine des hautes écoles, voir MAUSE, Konsumentenschutz, notamment p. 61 ss.

¹⁷ Voir là encore MAUSE, Konsumentenschutz, p. 78 ss. Cette conception économique de l'information s'inscrit dans le sillage du modèle du marché de la voiture d'occasion décrit par l'économiste GEORGE A. AKERLOF comme une forme de défaillance du marché : sur le marché de la voiture d'occasion, le client ne sait pas faire la différence entre un bon et un mauvais véhicule, et n'est donc pas disposé à payer davantage pour obtenir un véhicule de qualité ; les vendeurs de bons véhicules sont ainsi évincés du marché : DERS., The Market for 'Lemons' : Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (3), p. 488-500.

¹⁸ Cette affirmation est à nuancer du fait que la possibilité d'achever un programme d'études est l'une des deux conditions d'accréditation (art. 31, let. b, LEHE), ce qui présuppose au moins une appréciation de sa viabilité commerciale.

¹⁹ Sur les sous-objectifs, voir Message LEHE, FF 2009 4067, 4111 s. et 4138 s.

c. Encouragement de la concurrence

18. Parmi les objectifs qu'énumère la loi figure aussi l'**encouragement de la concurrence**, surtout dans le domaine de la recherche. L'effet qui en est attendu est la compétitivité du domaine suisse des hautes écoles, mentionnée à l'art. 1, let. a, du Concordat sur les hautes écoles, et à l'art. 1, al. 1, de la LEHE. Par cet objectif de concurrence, le législateur a d'une certaine façon créé un contrepoids à l'objectif de coordination, pour montrer clairement que cette dernière ne doit pas se traduire par un vaste partage du marché et des offres, mais que le système doit préserver et encourager les possibilités de choix entre types d'établissements, filières et priorités de recherche.

19. Cette concurrence ne se limite pas aux offres d'enseignement, de recherche et de services des établissements expressément rangés par la loi dans la catégorie des hautes écoles, à savoir les universités cantonales, les EPF, les hautes écoles spécialisées et les hautes écoles pédagogiques (art. 2, al. 2, LEHE) : elle englobe aussi les **structures privées et étrangères offrant des services de formation et de recherche, ainsi que d'autres services dans le domaine des hautes écoles**.

20. Il faut toutefois bien se rendre compte que ces exigences de coordination et de concurrence suscitent certaines **contradictions**. Il n'est par exemple possible d'obtenir la différenciation requise des profils – entre types d'établissements comme au sein d'une même catégorie – que par un effort correspondant de coordination (des disciplines, mais à d'autres niveaux aussi), ce qui réduit la composante de concurrence, voire la neutralise dans certains domaines. Il ne faudrait pas non plus que cette composante de concurrence fasse oublier que les hautes écoles ont des intérêts communs (certains à long terme), au risque de voir au moins certains établissements perdre totalement de vue les intérêts à long terme des hautes écoles pour se concentrer sur des avantages concurrentiels (réels ou supposés) à court terme. De plus, le libre jeu de la concurrence est freiné dans le domaine des hautes écoles par l'absence de méthodes de mesure fiables. C'est pourquoi, surtout en ce qui concerne les mécanismes de financement, il convient de tenir compte de l'originalité des établissements et de leurs fonctions, et d'intégrer dans la réflexion les besoins à long terme. La difficulté réside alors dans le fait qu'il faudrait à la fois permettre et stimuler une certaine concurrence dans le domaine des hautes écoles, tout en s'assurant qu'elle ménage les spécificités de l'enseignement supérieur, et ainsi les intérêts à long terme de l'espace suisse des hautes écoles.

d. Impératif de différenciation

21. L'**impératif de différenciation** est à rapprocher des objectifs de coordination comme de concurrence²⁰ : il s'agit de « créer un espace suisse d'enseignement supérieur comprenant des types différents de hautes écoles, mais de même niveau » (art. 3, let. b, LEHE), ce qui impose de « [tenir] compte de la spécificité des hautes écoles universitaires, des hautes écoles spécialisées, des hautes écoles pédagogiques et des autres institutions du domaine des hautes écoles » (art. 5, al. 2, LEHE), et de respecter « la spécificité des missions des hautes écoles universitaires, des hautes écoles spécialisées et des hautes écoles pédagogiques » (art. 36, al. 1, LEHE) dans l'accomplissement des tâches²¹.

22. Le nouveau régime s'appuie donc sur la différenciation actuelle du système suisse des hautes écoles, avec ses **types d'établissement aux centrages différents et aux missions complémentaires** – diversité qu'il maintient²². Pour entretenir en outre une dynamique de différenciation continue, la LEHE ne donne délibérément ni de définition explicite des types de hautes écoles²³, ni de liste exhaustive des institutions des hautes écoles visées dans la loi (art. 2, al. 1, LEHE : « et autres institutions du domaine des hautes écoles de la Confédération et des cantons »).

²⁰ EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a paragr. 12 et 35 ; Rapport CSEC-CN Article constitutionnel sur l'éducation, FF 2005 5159, 5207.

²¹ Voir également les art. 30, al. 2, 44, al. 3, et 51, al. 5, let. b, LEHE.

²² Voir Rapport CSEC-CN Article constitutionnel sur l'éducation, FF 2005 5159, 5188 et 5190 ; voir également EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a paragr. 35.

²³ Message LEHE, FF 2009 4067, 4111.

23. En ce qui concerne **les contenus**, ce qui a été dit précédemment incite beaucoup à penser qu'il faut comprendre l'impératif de différenciation comme ayant une portée assez large : il s'appliquerait à des établissements à centrages variés (au niveau des filières proposées, des priorités et profils de contenus et de l'éventail des matières offertes), structurant différemment leur offre (primauté donnée aux formations à caractère académique, ou alors pratique et appliqué, formation en alternance, infrastructures de recherche, etc.) ainsi que les études qu'ils proposent (formation à plein temps ou en alternance, formation continue universitaire, etc.), et présentant divers rattachements institutionnels (Confédération, cantons, structures privées, établissements étrangers).

24. Quelles que soient la délimitation exacte du champ d'application de la LEHE et la réponse que l'on donne à la question de savoir dans quelles conditions les établissements étrangers seront eux aussi soumis à l'obligation d'accréditation découlant de la LEHE²⁴, l'impératif de différenciation englobe non seulement les hautes écoles et institutions du domaine des hautes écoles de la Confédération et des cantons (art. 2, al. 1, LEHE), mais aussi les **établissements universitaires privés et étrangers** proposant leurs prestations en Suisse, puisqu'ils contribuent à la diversité de l'offre de services, d'études et de recherche dans le domaine suisse des hautes écoles.

e. Impératif d'égalité de traitement

25. La Constitution fédérale soumet la Confédération et les cantons à un **impératif d'égalité de traitement** des institutions assumant des tâches de même nature (art. 63a, al. 3)²⁵. Les institutions du domaine des hautes écoles doivent à ce titre être mises sur un pied d'égalité à raison de leurs similitudes, mais traitées différemment à raison de leurs différences ; le traitement différent de situations et d'établissements différents découle aussi de l'impératif de différenciation.

26. L'impératif d'égalité de traitement doit être compris comme **un cas particulier du principe général d'égalité** qui sous-tend la Constitution fédérale (art. 8 Cst.) ; il signifie que dans le paysage suisse des hautes écoles, il ne doit pas y avoir de hiérarchie entre les types de hautes écoles ni entre les établissements eux-mêmes. À partir du moment où des établissements d'enseignement supérieur étrangers ou privés sont considérés comme « égaux », ils bénéficient devant les institutions publiques ou institutionnellement rattachées à la Suisse du principe d'égalité de traitement que posent la Constitution et la loi, même si cet impératif – tout comme l'impératif de différenciation d'ailleurs – ne leur donne pas droit à des aides publiques (subventions fédérales, par exemple).

f. Autonomie des hautes écoles

27. Enfin, la Constitution (art. 63a, al. 3) et la loi (art. 5, al. 1 ; art. 30, al. 2 ; art. 36, al. 1) imposent à la Confédération, ainsi qu'à la Confédération et aux cantons dans leur action conjointe, de tenir compte de **l'autonomie des hautes écoles** et des collectivités qui en sont responsables²⁶. On lit dans les travaux préparatoires que « l'autonomie est même un élément constitutif de la science et de la formation » ; elle donne aux établissements « la liberté nécessaire pour développer leur profil dans un environnement régi par la concurrence »²⁷.

28. L'autonomie institutionnelle des hautes écoles est étroitement liée à la garantie expresse de la **liberté de la science**, qui figure désormais à l'art. 20 Cst. et qui, même si elle présente une dimension individuelle très marquée, peut parfois aussi être invoquée par des institutions scientifiques²⁸.

²⁴ Voir en particulier à ce sujet paragr. 71 ss ci-dessous.

²⁵ EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a paragr. 35.

²⁶ Pour plus de détails, EHRENZELLER, Hochschulautonomie, p. 210 ss.

²⁷ Voir Message LEHE, FF 2009 4067, 4109 s. ; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, p. 215 s. ; voir également, sur les bases, Autonomie des hautes écoles : Les six thèses des trois conférences des recteurs/trices, *passim*.

²⁸ Voir à ce sujet MÜLLER/SCHNEIDER, Grundrechte, p. 544 s. ; EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a, paragr. 19 ; SCHWEIZER/HAFNER, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 20, paragr. 17 ; RHINOW/SCHNEIDER, Verfassungsrecht, paragr. 1667. Voir également paragr. 40 ci-dessous.

29. On peut penser qu'en ce qui concerne les établissements à reconnaître comme autonomes, il faut comprendre **la notion de haute école au sens large**, sans limiter cette catégorie aux hautes écoles rattachées à la Confédération et aux cantons, mais en y incluant aussi les établissements d'enseignement supérieur privés et étrangers qui opèrent en Suisse. Dans sa substance, l'autonomie s'étend à l'ensemble des activités appartenant au groupe de tâches de la Confédération et des cantons dans le domaine des hautes écoles, c'est-à-dire aussi aux compétences subsidiaires de la Confédération visées à l'art. 63a, al. 5, Cst.²⁹.

30. En même temps, les **compétences confiées par la Constitution à la Confédération et aux cantons**, notamment en matière de coordination du domaine des hautes écoles, d'assurance de la qualité et de paramétrage de la politique de l'enseignement supérieur en général, **limitent** dans une certaine mesure **l'autonomie des hautes écoles**. Le principe d'autonomie ne fait donc pas obstacle à ce que la Confédération et les cantons définissent certaines **exigences minimales d'organisation, de structures, de contenus et de qualité** dans le cadre des conditions d'accréditation, et soumettent les établissements du domaine des hautes écoles aux obligations correspondantes. Il interdirait en revanche de formuler par exemple des règles détaillées d'organisation interne des établissements, ou encore de prévoir en matière de contenus des barrières ou prescriptions très larges limitant sensiblement la liberté et l'indépendance de l'enseignement et de la recherche, voire les privant de leur substance.

3. Cadre institutionnel

31. Le nouveau cadre juridique (dispositions constitutionnelles sur la formation, loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, convention de coopération et concordat sur les hautes écoles) met en place **trois organes communs** de pilotage du domaine suisse des hautes écoles, auxquels la Confédération et les cantons délèguent des pouvoirs législatifs et exécutifs : la Conférence suisse des hautes écoles (siégeant en Conférence plénière ou en Conseil des hautes écoles), la Conférence des recteurs des hautes écoles suisses, et le Conseil suisse d'accréditation, flanqué de l'Agence suisse d'accréditation et d'assurance de la qualité (art. 63a Cst. ; art. 7 ss LEHE ; art. 2 ss convention de coopération ; art. 5 ss concordat sur les hautes écoles)³⁰.

32. La **Conférence suisse des hautes écoles** devient l'organe supérieur de la politique des hautes écoles en Suisse ; y siègent un membre du Conseil fédéral en qualité de représentant de la Confédération, ainsi qu'un membre du gouvernement de chaque canton (Conférence plénière), ou uniquement de chaque canton responsable d'une haute école (Conseil des hautes écoles). La Conférence plénière a notamment compétence en matière financière : elle définit le cadre financier, les coûts de référence et les catégories de contributions, et émet des recommandations concernant l'octroi de bourses (art. 11, al. 2, LEHE ; art. 2, let. a, convention). Le Conseil des hautes écoles exerce surtout, sur la base de la convention de coopération, des compétences liées aux attributions des collectivités responsables d'une haute école, comme édicter des dispositions portant sur la structure des études (cycles d'études et passage d'un cycle à l'autre, mobilité, formation continue, coordination des conditions d'admission dans certaines filières et de limitation de l'accès à elles, etc.), l'organisation des hautes écoles (types, droits de participation des personnes relevant des hautes écoles), l'assurance de la qualité, la coordination des diplômes et les procédures de validation (art. 12, al. 3, LEHE, art. 2, al. 2, let. b, Convention de coopération). La Confédération jouit d'un statut prééminent à la Conférence plénière et au Conseil des hautes écoles : le représentant du Conseil fédéral en assume la présidence et les dirige, et la voix de la Confédération est indispensable à la prise d'une décision, au-delà de la majorité qualifiée des deux tiers des membres présents (art. 16, al. 2, let. b, et art. 17, al. 2, let. b, LEHE). Au Conseil des hautes écoles, les décisions se prennent en plus à la majorité simple des points (art. 17, al. 2, let. c LEHE) attribués à chaque canton en fonction du nombre correspondant d'étudiants inscrits, comme le prévoient l'art. 7 et l'annexe du concordat. Selon ce même art. 7, le calcul des points ne prend pas en compte, en revanche, les étudiants inscrits dans un établissement autre qu'une haute école cantonale ou intercantonale ou l'un de leurs établissements membres – ce qui veut dire que les étudiants des EPF n'affectent pas plus la pondération des voix que ceux des universités privées ou étrangères établies dans un canton.

²⁹ EHRENZELLER/SAHLFELD, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois, art. 63a paragr. 18.

³⁰ Pour un aperçu de la situation juridique actuelle, voir JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht, p. 227 s.

33. La Conférence des recteurs est l'organe de coordination des hautes écoles à l'échelle nationale³¹. Elle se compose des recteurs ou présidents des hautes écoles suisses, ce qui veut dire que les présidents des hautes écoles privées accréditées en Suisse peuvent aussi y siéger (art. 19, al. 1 et 2, LEHE). Le règlement d'organisation dont elle se dote est soumis à l'approbation du Conseil des hautes écoles (art. 19, al. 2, 4^e phrase, LEHE), et porte notamment sur les modalités de la représentation des recteurs et des présidents des hautes écoles privées accréditées au sens de la LEHE (art. 19, al. 2, 3^e phrase, LEHE). Elle est notamment chargée de soutenir la coopération et la coordination entre les hautes écoles (art. 2, al. 2, let. c, ch. 2, Convention de coopération) et de représenter les hautes écoles à la Conférence des hautes écoles (art. 2, al. 2, let. c, ch. 3, Convention de coopération) ; elle participe à la préparation des affaires de la Conférence suisse des hautes écoles (art. 6, al. 1, Convention de coopération), à qui elle propose un projet de coordination de la politique des hautes écoles à l'échelle nationale et de répartition des tâches dans les domaines particulièrement onéreux (art. 38, al. 1, LEHE ; art. 6, al. 2, Convention de coopération) ; elle formule des recommandations sur la planification pluriannuelle en matière de financement et de développement (art. 37, al. 2, LEHE). Elle doit par ailleurs être consultée sur le cadre financier de chaque période (art. 43 LEHE), et participe à la préparation des traités (art. 66, al. 3, LEHE).

34. Le troisième organe commun de la Confédération et des cantons est le **Conseil suisse d'accréditation**, flanqué de l'**Agence suisse d'accréditation et d'assurance de la qualité** (art. 21 s. LEHE ; art. 7 s., Convention de coopération)³². Il se compose de membres indépendants et n'est soumis à aucune directive ; il s'organise lui-même et organise l'Agence suisse d'accréditation, les deux règlements devant être soumis à l'approbation du Conseil des hautes écoles (art. 21, al. 1, 4, 5 et 8, LEHE). Il est chargé de l'accréditation et de l'assurance de la qualité. Au niveau des règles d'exécution de l'assurance de la qualité et de l'accréditation, le Conseil d'accréditation prépare des directives d'accréditation et prescrit des procédures qu'édicte le Conseil des hautes écoles (art. 12, al. 3, let. a, ch. 2, et art. 30, al. 2, LEHE).

II. Autres prescriptions juridiques

35. Les dispositions juridiques esquissées précédemment ont spécifiquement trait à l'espace des hautes écoles suisses, et modèlent indubitablement son architecture. Leur importance primordiale n'enlève toutefois rien à la place effective ou potentielle de certaines **normes juridiques à valeur générale ou transversale** : d'une part, le droit s'appréhende dans son unité, ce qui veut dire que d'autres dispositions ou des dispositions complémentaires de même niveau doivent toujours être prises en compte dans l'examen de la règle dont on entend donner une interprétation systématique. Et d'autre part, les prescriptions juridiques de niveau supérieur doivent être prises en compte, selon la hiérarchie des normes, dans l'interprétation de normes, même spécifiques, de rang inférieur, si l'on veut arriver à une interprétation conforme au droit international, au droit constitutionnel et/ou au droit fédéral³³.

36. C'est pourquoi nous allons maintenant nous pencher sur les prescriptions générales de droit constitutionnel et de droit international susceptibles de toucher au domaine qui nous occupe³⁴. Nous examinerons pour cela les droits fondamentaux (1), les règles de l'OMC (2) et les accords bilatéraux (3) – en nous limitant à l'accord sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne ces derniers.

³¹ Message LEHE, FF 2009 4067, 4114 s.

³² Message LEHE, FF 2009 4067, 4115.

³³ Voir, pour un avis détaillé tout récent sur ces principes (à propos d'une question de droit étranger) TF, 2C_828/2011, arrêt du 12 octobre 2012.

³⁴ Sans prétendre à l'exhaustivité. Il convient par ailleurs de rappeler que certaines dispositions du droit fédéral pourraient naturellement avoir aussi des effets, comme indiqué, même s'il n'est pas possible de les aborder ici.

1. Droits fondamentaux

a. Observations d'ordre général

37. L'examen de la protection des droits fondamentaux dans l'activité des hautes écoles doit commencer par la détermination des **droits fondamentaux concernés**. Ce sont surtout la liberté de la science et la liberté économique, dont la teneur et la portée vont être étudiées dans leurs rapports avec les questions qui nous intéressent. Il n'en est pas moins possible que d'autres garanties soient touchées dans certaines situations, comme la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst. ; églises ou entité religieuse offrant des formations), l'égalité devant le droit (art. 8 Cst. ; inégalités de traitement d'institutions du domaine des hautes écoles), ou encore les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst. ; interventions des autorités en réaction à des propos ou des contenus) : mais l'argumentation et l'arbitrage ne devraient alors guère différer de ce qu'ils seraient dans les cas abordés ici, ce pourquoi ces droits fondamentaux ne seront pas spécifiquement examinés plus en détail.

38. Pour déterminer si telle ou telle action menée par les autorités dans le domaine des hautes écoles doit être appréciée dans sa conformité à la **liberté économique ou à la liberté scientifique**, voire à ces deux garanties simultanément, il faudra s'appuyer en l'espèce sur le trait dominant de l'activité concernée : si une quelconque restriction affecte surtout l'enseignement et la recherche, ce sera la liberté de la science qui primera ; si ses effets se font principalement sentir dans la formation professionnelle, l'activité lucrative ou l'égalité de traitement des acteurs en concurrence, il conviendra de se fonder en priorité sur la liberté économique, pour autant que les personnes physiques ou morales concernées jouissent de ces droits fondamentaux.

b. Liberté de la science (art. 20 Cst)

39. La liberté de la science est garantie à l'art. 20 de la Constitution comme un droit fondamental. Elle englobe la liberté de la recherche, de l'enseignement, mais aussi de l'apprentissage³⁵. **Dans sa matérialité**, elle englobe le libre choix des questions et méthodes scientifiques, la préparation, la communication et la transmission de contenus à caractère scientifique, ainsi que l'obtention d'informations et de contenus fondant la recherche et l'enseignement³⁶. Ce droit fondamental n'est en revanche pas assorti en principe du droit à une prestation positive de l'État – un certain niveau d'infrastructures et de ressources de recherche, par exemple³⁷.

40. La catégorie des **personnes** jouissant de ce droit fondamental englobe notamment les scientifiques, les enseignants du supérieur et les étudiants, mais aussi des personnes morales, comme les hautes écoles elles-mêmes, ou des personnes morales de droit privé offrant, exécutant ou demandant des services scientifiques³⁸. Il apparaît donc que les institutions privées ou étrangères du domaine des hautes écoles pourraient s'en prévaloir, au même titre que les hautes écoles de Suisse rattachées à un canton ou à la Confédération.

41. Les **restrictions à la liberté de la science** sont diverses, et certaines sont déjà prévues en droit constitutionnel³⁹ : le constituant a par exemple mis en place des barrières à la recherche pour protéger la dignité humaine, la personnalité, la famille, la santé et l'environnement dans la recherche sur l'être humain, la procréation médicalement assistée et la transplantation, ainsi que le génie génétique dans le domaine non humain (art. 118 b, 119, 119a, 120 Cst.)⁴⁰. Au niveau de la loi, ces garde-fous se retrouvent dans les lois sur la procréation médicalement assistée⁴¹,

³⁵ Pour plus de détails, MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 542 ss ; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, p. 214 s. ; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, art. 20, paragr. 3, considèrent la liberté de l'apprenant comme limitée au choix des matières et des enseignants ; pour une conception plus étroite excluant la liberté d'apprentissage, SCHWANDER, Wissenschaftsfreiheit, p. 305.

³⁶ Voir également MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 542 ss ; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, paragr. 1659 et 1664 ; sur l'étendue de la liberté de la recherche, ATF 127 I 145, 152 (Wottreng).

³⁷ AUBERT/MAHON, Petit commentaire, art. 20, paragr. 4 ; dans le même sens, Message Cst., FF 1997 I 1, 167.

³⁸ Pour une conception élargie de la catégorie des titulaires de ce droit, voir par exemple RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, paragr. 1667 ; voir également BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, p. 172.

³⁹ Voir également à ce sujet SCHWANDER, Wissenschaftsfreiheit, p. 306 s.

⁴⁰ JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht, p. 224.

⁴¹ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS **810.11**).

la transplantation⁴² et la protection des animaux⁴³. Certaines restrictions organisationnelles ou structurelles des activités d'enseignement et de recherche des hautes écoles proviennent aussi de prescriptions des cantons et de la Confédération ; si elles sont imposées au niveau de la loi, elles doivent se conformer aux règles énoncées à l'art. 36 Cst.

42. Les activités d'enseignement, de recherche et de prestation de services des institutions du domaine des hautes écoles sont protégées dans leur teneur par l'art. 20 Cst., et les personnes morales qui les exercent doivent dans ce contexte être considérées comme bénéficiant en principe de cette garantie fondamentale ; il s'ensuit que **l'accréditation** visée aux art. 27 ss LEHE pourrait constituer une **ingérence dans la liberté de la science**⁴⁴. Car imposer l'accréditation à des établissements pour qu'ils puissent exercer des activités d'enseignement, de recherche et de prestation de services à caractère scientifique avec le statut d'université, de haute école spécialisée ou de haute école pédagogique constitue une entrave. Une telle restriction devant respecter les **exigences de l'art. 36 Cst.** en la matière, la mesure correspondante doit être prévue par une loi, justifiée par un intérêt public, proportionnée au but visé, et ne pas violer l'essence des droits fondamentaux (ces critères doivent aussi être pris en compte dans l'interprétation des règles juridiques).

- Les mécanismes d'assurance de la qualité prévus aux art. 27 ss LEHE, et d'une certaine façon aussi dès l'art. 63a Cst., possédant une base formelle juridique explicite à la formulation normative suffisamment dense, on peut en tout état de cause considérer l'exigence d'une **base légale** comme essentiellement satisfaite.
- Les exigences imposées à l'accréditation des hautes écoles sont en particulier justifiées par les buts constitutionnels d'assurance de la qualité dans le domaine des hautes écoles, de sauvegarde de la réputation des hautes écoles suisses, et de protection de leurs étudiants et des bénéficiaires de leurs services ; tout cela répond bien à un **intérêt public** admissible.
- Il restera donc à vérifier au cas par cas que le **principe de proportionnalité** est bien respecté dans le déploiement concret du système d'accréditation en général, ainsi que par chaque mesure prise en la matière en particulier⁴⁵. On pourrait par exemple imaginer une situation dans laquelle une contrainte excessivement formaliste des autorités en matière d'exigences requises pour l'accréditation ne respecterait pas certaines exigences de proportionnalité (notamment le critère de nécessité), et porterait ainsi atteinte à la liberté de la science. Il pourrait aussi arriver que des exigences trop strictes soient imposées pour l'accréditation, sans lien objectif suffisant avec la sauvegarde de l'intérêt public en jeu (à savoir la protection de la qualité), ce qui ne satisfierait pas non plus au critère de nécessité. Il ne faut pas oublier dans ce contexte que surtout le droit à l'appellation et le droit aux contributions – effets juridiques de l'accréditation des offres d'enseignement, de recherche et de services – ont un impact déterminant sur les institutions du domaine des hautes écoles, et que le refus de l'accréditation peut avoir de très graves répercussions pour l'établissement concerné. La formulation des dispositions d'exécution de l'accréditation et leur application concrète doivent donc se plier à ces règles, et être jugées à leur lumière.

43. En conclusion, il conviendra de respecter les règles protégeant la liberté de la science d'une part dans la suite du paramétrage du régime d'accréditation (en particulier dans les directives d'accréditation), et d'autre part dans le déploiement du système. Cela conduira notamment à tenir compte de la grande importance de l'accréditation pour les établissements concernés, et à procéder à une pesée soigneuse des intérêts entre la nécessité de l'assurance de la qualité et la liberté de la recherche, de l'enseignement et de l'apprentissage.

⁴² Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (RS **810.21**).

⁴³ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (LPA, RS **455**).

⁴⁴ Sur l'atteinte à la liberté de la science que peut constituer l'accréditation d'institution en droit allemand (surtout en référence à l'obligation de respect des droits fondamentaux incombant à l'organe d'accréditation), voir aussi VOTH, Akkreditierung, p. 191 ss.

⁴⁵ Le Tribunal fédéral s'est penché sur une restriction dans le domaine des hautes écoles dans son arrêt ATF 97 I 116, 120 s. (Université libre de théologie évangélique), pour déterminer si l'interdiction faite à un établissement d'enseignement de se dénommer « université » était compatible avec la liberté de conscience et de croyance (art. 49 aCst.) ; il avait conclu à la compatibilité au motif que la limitation du droit d'appellation n'empêchait pas totalement les activités d'enseignement. Pour une appréciation de la constitutionnalité de l'accréditation d'institution en droit allemand, voir VOTH, Akkreditierung, p. 281 ss.

c. Liberté économique (art. 27 et 94 Cst.)

44. La **liberté économique** garantie aux art. 27 et 94 Cst. comporte trois grands volets⁴⁶ :

- le **volet fédéral**, qui tend à l'unification de l'espace économique suisse, et visait initialement à abolir les barrières douanières et les entraves à la liberté d'établissement entre cantons ;
- le **volet institutionnel**, qui reflète la volonté d'adoption d'un modèle économique fondé sur un marché essentiellement libre ;
- le **volet individuel**, enfin, qui garantit en particulier le libre choix d'une profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice, et interdit les distorsions de la concurrence (art. 27, al. 2 Cst.)⁴⁷.

45. La **protection du libre accès à une activité économique lucrative privée et de son libre exercice** s'étend dans son principe au **travail de recherche et d'enseignement**, ainsi qu'aux **prestations de services dans le domaine des hautes écoles**. La jurisprudence du Tribunal fédéral donne à comprendre que la protection de la liberté économique n'exige pas nécessairement que les activités concernées soient directement axées sur le profit, il suffit qu'il y ait activité économique, même si elle est menée dans des buts abstraits – comme dans le cas d'une école privée percevant des droits d'inscription pour couvrir (partiellement) ses frais de fonctionnement⁴⁸. Comme il est vraisemblable que les établissements privés qui offrent des prestations de recherche, d'enseignement et de services cherchent en général à couvrir leurs frais, leurs activités relèvent bien de la liberté économique.

46. Les **bénéficiaires** de la protection de l'art. 27 Cst. sont les nationaux suisses et les personnes morales suisses même sous contrôle étranger⁴⁹. Les nationaux étrangers bénéficient également de cette protection s'ils sont titulaires d'un permis d'établissement ou ont droit à un tel permis en application de la loi ou d'un traité⁵⁰. De la même façon, les personnes morales établies à l'étranger bénéficient de cette garantie dans la mesure où elles peuvent se prévaloir d'un traité pour exercer leur activité en Suisse⁵¹. Les personnes morales de droit public ne jouissent pas du droit à la liberté économique ; la question de savoir si, et dans quelle mesure, les entreprises d'économie mixte ou publiques pourraient se prévaloir de l'art. 27 Cst. n'a pas été tirée au clair, et reste largement controversée dans la doctrine⁵².

47. Dans le **domaine des hautes écoles**, ce seraient surtout les organismes et prestataires privés de recherche, d'enseignement et de services qui pourraient se prévaloir de la liberté économique. Pour les entités étrangères, la jouissance de ce droit dépend de s'ils remplissent ou non les conditions de constitution en société en Suisse et/ou ont le droit d'exercer leur activité en vertu d'un traité. Les acteurs privés exerçant les activités qui nous intéressent devraient normalement bénéficier de la protection de la liberté économique, et donc de prime abord être titulaires de ce droit fondamental. Il faut ici encore se demander si certaines restrictions des activités qu'il couvre, surtout en ce qui concerne l'accréditation d'institution, mais le cas échéant aussi l'accréditation de programmes (art. 28 ss LEHE), seraient compatibles avec l'art. 36 Cst. relatif à la restriction des droits fondamentaux. Il convient, de façon très générale, de souligner les points suivants à ce propos⁵³ :

- là non plus, la nécessité d'une **base légale** ne semble pas être un problème ;
- de même, la protection de la qualité dans le domaine des hautes écoles, et la préservation de la confiance des étudiants, des employeurs et du public dans l'enseignement supérieur suisse paraissent constituer une justification valable d'une restriction dans un **intérêt public** ;
- la question de la **proportionnalité** peut se poser en fonction de la portée et de l'ampleur de la restriction imposée. L'un des buts du système d'accréditation est de consolider la confiance des acteurs du marché dans les prestations d'enseignement, de recherche et de services offertes, et de remédier au risque de défaillance du marché par asymétrie de l'information, ce qui contribue au bon fonctionnement du marché dans le

⁴⁶ Voir à ce sujet MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, p. 1045 ss ; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, p. 209 ss.

⁴⁷ Voir là encore notamment BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, p. 212 ss.

⁴⁸ ATF 128 I 19, 29 (Rossetti).

⁴⁹ Pour les personnes morales, il faut donc en principe adopter la théorie de l'incorporation. Voir à ce sujet les indications données (mais à propos de la liberté du commerce et de l'industrie) dans le Message LMI, FF 1995 I 1193, 1241.

⁵⁰ ATF 125 I 182, 198 (IATA – aéroport) ; ATF 131 I 223, 226 ; MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, p. 1064.

⁵¹ Par exemple l'Accord sur la libre circulation des personnes, ATF 131 I 223, 226.

⁵² MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, p. 1066 s.

⁵³ Voir à ce sujet paragr. 42 s.

domaine des hautes écoles. La limitation du droit à l'appellation, notamment, ne constitue pas une interdiction totale d'exercice d'une activité lucrative dans ce domaine, à telle enseigne que l'effet restrictif de l'accréditation ne serait pas toujours très ample d'un point de vue purement commercial⁵⁴. Il n'en reste pas moins possible, par exemple, qu'une exclusion générale ou des restrictions très strictes de l'accès d'acteurs extérieurs ou privés à l'accréditation, si elles empêchent les établissements concernés de bénéficier de l'appellation, puissent constituer une ingérence disproportionnée, et par conséquent inadmissible, dans la liberté économique.

d. Conclusion

48. En conclusion, **il conviendra de tenir compte des droits fondamentaux dans la conception du système d'accréditation comme dans son déploiement**. En ce qui concerne les acteurs privés ou étrangers offrant des prestations d'enseignement, de recherche ou de services dans le domaine des hautes écoles, cela signifie qu'un système d'accréditation qui entraverait considérablement leurs activités, voire les empêcherait d'opérer, ne serait pas vraiment compatible avec la liberté de la science et la liberté économique, en tout cas pas sur la base de la législation actuelle. On peut en dire autant d'exigences excessivement formelles d'accréditation des établissements privés ou étrangers, mais aussi (eu égard à la liberté de la science) des établissements publics suisses du domaine des hautes écoles. Il faudra en tout état de cause vérifier que la conception retenue du système d'accréditation, les mesures concrètes et les dispositions d'exécution sont bien compatibles avec les droits fondamentaux – sachant qu'un tour d'horizon général des limites imposées par les droits fondamentaux ne saurait jamais livrer plus que des approximations à valeur indicative.

2. Règles de l'OMC

49. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS/GATS)⁵⁵ constitue l'un des trois piliers de l'Organisation mondiale du commerce, à côté de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC/TRIPS). Il porte sur le commerce transfrontalier des services⁵⁶.

50. Le **champ d'application** de l'accord englobe « tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », ces derniers incluant « tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services » (article premier, paragr. 3, let. b et c, AGCS). Les **services d'éducation** ne relèvent pas de cette exception, et entrent donc dans le champ d'application de l'AGCS.

51. L'AGCS contient quelques **obligations générales**, en particulier la **transparence** (art. III AGCS), ainsi que le **traitement de la nation la plus favorisée**, qui impose que les avantages accordés à un État membre soient accordés à tous les autres (art. II AGCS), avec une exception générale pour les accords d'intégration régionale (art. II, paragr. 3, AGCS). Les États membres sont tenus de respecter ces obligations en toute occasion.

52. Les **obligations spécifiques** de l'AGCS – tout aussi importantes en ce qui concerne les effets de l'accord – portent d'abord sur **l'accès au marché** : six catégories de restrictions sont interdites, à savoir quatre limitations quantitatives (par le nombre de fournisseurs, la taille, le chiffre d'affaires et la participation de capital étranger), la limitation des formes juridiques admissibles d'entreprises, et les clauses de besoin (art. XVI AGCS). Deuxièmement, le principe du **traitement national** (art. XVII AGCS) veut que le traitement accordé aux prestataires étrangers par un État dans les mesures qu'il adopte ne soit pas moins favorable que le traitement accordé aux services et fournisseurs nationaux. Sont interdites les entraves de droit ou de fait, comme l'obligation de résidence. Ces obligations spécifiques

⁵⁴ Voir également Rapport explicatif LEHE, p. 19, ainsi que ATF 97 I 116, 120 s.

⁵⁵ Annexe I.B de l'Accord constituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20).

⁵⁶ Voir par exemple, d'une façon générale, sur l'AGCS, parmi d'autres références, la synthèse de KRAJEWSKI, *Wirtschaftsvölkerrecht*, paragr. 428 ss.

n'ont valeur impérative pour les États membres que s'ils se sont expressément engagés à les respecter (dans certains secteurs). L'accord adopte donc une approche « à la carte », qui permet aux membres de ne s'assujettir aux obligations spécifiques découlant des grands impératifs de l'accès au marché et du traitement national que pour certains secteurs et sous-secteurs, énumérés dans les **listes d'engagements spécifiques**.

53. Dans les **services d'éducation**, la **Suisse** a inscrit dans sa liste d'engagements les **services d'éducation privés**, qui incluent des services d'enseignement supérieur (CPC 923⁵⁷) et des services d'enseignement pour adultes⁵⁸ (CPC 924)⁵⁹. Elle a par ailleurs déclaré dans ses **sections horizontales** quelques engagements généraux, ainsi qu'en particulier quelques limitations à ses engagements, notamment en matière de subventions, d'incitations fiscales et d'exigences imposées par le droit des sociétés aux prestataires de services en matière d'organisation.

54. Les **services d'éducation publics**, même ceux des hautes écoles et des universités, n'entrent en revanche pas dans les engagements spécifiques contractés par la Suisse dans le cadre de l'AGCS⁶⁰. Pour clarifier la distinction qu'elle fait entre les services d'éducation publics et privés, la Suisse a déposé à l'OMC une communication datée du 4 avril 2005⁶¹. Elle y fait valoir que ce n'est pas la nature de l'établissement prestataire, mais le service d'éducation fourni qui doit décider du caractère public ou privé. Un service d'éducation est réputé public 1) si le titre qu'il permet d'obtenir ou son programme sont définis par l'État et s'inscrivent dans le système d'éducation public ; 2) s'il remplit une mission de service public reposant sur une base légale, sachant qu'il ne suffit pas d'une autorisation, d'une accréditation ou d'un subventionnement du service offert ; 3) s'il répond à un besoin public, ayant pour effet que l'État serait contraint de l'offrir s'il n'existait pas. Ce qui veut dire que la notion de service d'éducation public est étroitement circonscrite. Il en découle que l'appréciation du traitement national peut englober certains services fournis par des institutions publiques du domaine des hautes écoles de Suisse ; ces institutions sont en effet assimilables, dans certains cas, à des acteurs privés, ce qui les assujettit aux engagements spécifiques de la Suisse. Il en va de même pour les services d'établissements d'enseignement supérieur publics étrangers, dont la plupart peuvent tout à fait être considérés comme fournissant des services d'éducation privés selon l'acception étroite de la notion de services d'éducation publics.

55. Dans les secteurs couverts, il faut ensuite distinguer les **modes de fourniture** (fourniture transfrontalière de services, services consommés à l'étranger, fourniture des services par une présence commerciale ou par présence temporaire de personnes physiques dans un autre pays : art. I, paragr. 2, AGCS). En ce qui concerne l'enseignement supérieur privé, la Suisse s'est engagée à n'imposer de restrictions ni au niveau de l'accès au marché, ni pour ce qui est du traitement national pour les trois premiers de ces modes. Les obligations de la Suisse en droit international lui interdisent donc les six types de restrictions énumérés ci-dessus⁶² à l'accès au marché et au traitement national. Cela vaut par exemple pour l'enseignement à distance ou l'enseignement en ligne depuis l'étranger (fourniture transfrontalière de services), les cours suivis dans un établissement d'enseignement supérieur étranger (consommation à l'étranger), et les antennes (ou campus satellites) d'universités étrangères (fourniture par présence commerciale)⁶³. Pour ce qui est de la fourniture de services par des personnes physiques séjournant temporairement dans le pays, par exemple des professeurs, des enseignants ou des chercheurs étrangers exerçant à titre temporaire, la Suisse n'a pas pris d'engagements en dehors de ses engagements horizontaux⁶⁴.

⁵⁷ CPC désigne la classification provisoire de 1991, en partie revue depuis, de l'ONU (*Central Product Classification*), consultable à l'adresse « www.unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1 » (consultée le 16.8.2013) ; voir également à ce sujet REIMOLD, GATS, p. 54 ss. Le code CPC 923 englobe les « services d'enseignement technique et professionnel post-secondaire » et les « autres services d'enseignement supérieur », et notamment ainsi les formations dispensées dans les établissements d'enseignement supérieur (universités et hautes écoles).

⁵⁸ Cette catégorie englobe en particulier la formation continue, qui pourrait contenir les formations continues dispensées dans les établissements d'enseignement supérieur. Dans la version actuelle du CPC (2.0), il s'agit des « autres services d'enseignement et de formation ».

⁵⁹ Les engagements spécifiques de la Suisse figurent dans les listes d'engagements (GATS/SC/83 ; GATS/SC/83/Suppl.2/Rev.1 ; GATS/SC/83/Suppl.3/Rev.1 ; GATS/SC/83/Suppl.4), avec consolidation dans le *Draft consolidated Schedule of Specific Commitments* du 24 janvier 2003, document S/DCS/W/CHE.

⁶⁰ Sur les engagements de la Suisse dans le secteur de l'éducation, voir le Rapport du Conseil fédéral sur les négociations à l'OMC/AGCS, p. 9 ; voir également Message LEHE, FF 2009 4067, 4174 (avec une confusion apparente dans la formulation).

⁶¹ TNS/W/39 *Communication from Switzerland – Education services and the GATS : the Experience of Switzerland*, 4 avril 2005, p. 4 ; voir également à ce sujet le Rapport explicatif LEHE, p. 22 s.

⁶² Voir paragr. 52 ci-dessus.

⁶³ Voir également à ce sujet COTTIER ET AL., *Liberalisation of Higher Education*, p. 72.

⁶⁴ De ses engagements horizontaux découle pour la Suisse l'obligation d'admettre la fourniture de services par des personnes dites « indispensables », catégorie qui englobe notamment des cadres supérieurs et des spécialistes chevronnés de l'entreprise, ainsi

56. En ce qui concerne les **services d'enseignement supérieur**, il est ainsi possible de **synthétiser** comme suit les engagements contractés par la Suisse dans le cadre de l'AGCS.

- La Suisse **conserve le droit de réglementer les secteurs** couverts par ses engagements spécifiques – particulièrement, en l'occurrence, dans le but de préserver une assurance appropriée de la qualité et de sauvegarder la réputation de l'enseignement supérieur suisse.
- Pour ce qui est de **l'accès au marché** des fournisseurs privés de services d'éducation, les engagements contractés par la Suisse s'opposent à ce qu'elle recoure aux six formes évoquées de restrictions⁶⁵. La clause de besoin ne peut par exemple pas être appliquée à certains services d'enseignement et de recherche de prestataires étrangers, et il ne serait pas admissible de limiter le nombre d'établissements dans un domaine ou l'autre. Au niveau de l'accréditation, cela signifie qu'aucune restriction quantitative des services offerts dans le domaine des hautes écoles par des fournisseurs étrangers ne serait licite.
- Pour ce qui est du **traitement national**, l'AGCS a pour effet que les fournisseurs étrangers de services privés d'éducation ne doivent être désavantagés ni directement ni indirectement par rapport aux fournisseurs nationaux⁶⁶. Cela veut dire que les conditions qui leur sont imposées pour l'accréditation ne doivent pas être plus strictes, dans la loi ni la pratique, que celles que doivent remplir les institutions suisses du domaine des hautes écoles. Exiger pour l'accréditation la présence d'un siège sur le territoire national ferait problème, par exemple. Les engagements de la Suisse n'assujettissent pas les services publics d'éducation à cette exigence d'égalité de traitement ; sachant toutefois que les hautes écoles publiques de Suisse pourraient être considérées comme fournissant certains services privés d'éducation, selon les critères étroits définis dans la communication à l'OMC⁶⁷, et que l'accréditation visée aux art. 28 ss LEHE ne porte pas seulement sur certains domaines ou programmes d'enseignement et de recherche, mais sur l'ensemble d'un établissement, les prestataires étrangers devraient vraisemblablement bénéficier du principe du traitement national par rapport aux hautes écoles publiques nationales pour ce qui est de l'accréditation.
- La présente étude n'était pas centrée sur les effets des engagements pris par la Suisse en matière de **subventions** dans le domaine de l'éducation, qui ne seront donc abordés que brièvement. Il ne semblerait pas que, compte tenu de la stricte distinction entre services publics et privés, un prestataire étranger puisse en principe prétendre à des subventions⁶⁸. Le fait que l'accréditation visée aux art. 28 ss LEHE conditionne le droit à des contributions fédérales (art. 28, al. 2, let. b, LEHE) ne fait donc pas apparaître de contraintes supplémentaires dans la conception du dispositif en ce qui concerne les prestataires étrangers.
- Il faut enfin ajouter que d'autres engagements contractés dans le cadre de l'AGCS peuvent s'appliquer aux services des hautes écoles **ne relevant pas de l'enseignement et de la recherche** (comme les conseils et expertises scientifiques). Si l'accréditation est requise pour la fourniture de ces services par une haute école étrangère (sous cette appellation), il sera nécessaire d'examiner la compatibilité de cette exigence avec les règles de l'AGCS à la lumière des engagements pris par la Suisse non seulement dans le domaine de l'éducation, mais aussi dans d'autres secteurs le cas échéant. Dans l'état actuel du dispositif conventionnel, les engagements pris dans d'autres secteurs ne vont pas au-delà du niveau de ceux qu'elle a contractés dans le domaine de l'éducation⁶⁹ : de ces autres contraintes ne devraient donc vraisemblablement pas découler d'autres restrictions, ni de restrictions allant au-delà des obligations touchant au domaine de l'éducation pour ce qui est du paramétrage concret de l'accréditation.

que des personnes arrivant dans le pays pour y créer une présence commerciale de l'entreprise ; les droits correspondants ne sont là encore garantis que dans les limites des dispositions de la législation en vigueur relatives à la migration. Sur les applications possibles de ces obligations dans l'enseignement supérieur, voir COTTIER ET AL., *Liberalisation of Higher Education*, p. 76 s.

⁶⁵ Voir paragr. 52 ci-dessus.

⁶⁶ Ce qui découle aussi du Message LEHE, FF 2009 4067, 4181.

⁶⁷ Voir à ce sujet paragr. 54 ci-dessus.

⁶⁸ Là encore, voir Message LEHE, FF 2009 4067, 4181.

⁶⁹ Voir par exemple la formulation concordante des engagements du secteur B. *Research and Development Services* ou F (m) *[Engineering R]elated Scientific and Technical Consulting Services : Draft consolidated Schedule of Specific Commitments of Switzerland* du 24 janvier 2003, document S/DCS/W/CHE.

3. Sur la portée des accords bilatéraux : l'accord sur la libre circulation des personnes

57. La Suisse a conclu avec l'Union européenne un certain nombre d'accords « bilatéraux »⁷⁰, dont certains pourraient avoir un impact sur la réglementation du domaine des hautes écoles. Même si plusieurs de ces accords pourraient de prime abord affecter les prestations de services d'éducation et de recherche des institutions du domaine des hautes écoles (l'accord sur les marchés publics, par exemple⁷¹), c'est **l'accord sur la libre circulation des personnes**⁷² qui nous intéresse ici au premier chef⁷³. C'est pourquoi nous nous limiterons à lui dans la suite de cette étude.

58. **Le but de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)** est de réaliser la libre circulation des personnes « en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne » (préambule de l'accord). L'accord étend largement ainsi la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement à la Suisse et à ses ressortissants ; l'interprétation de ses dispositions inspirées ou extraites du droit communautaire s'appuie donc sur les principes définis dans le droit de l'Union, conformément aux méthodes d'interprétation du droit international⁷⁴. Les non-actifs jouissent par ailleurs aussi de la liberté de circulation, comme le veulent les garanties (essentiellement dérivées) figurant dans le droit communautaire. En revanche, la liberté des services n'est que partiellement reprise : seuls sont libéralisés les services à court terme. La notion de citoyenneté de l'Union et les droits qui lui sont liés n'ont pas trouvé place dans l'accord, contrairement à l'interdiction générale de discrimination, reprise de façon analogue à l'art. 2 ALCP.

59. Ce sont les **libertés d'établissement et de prestation de services** qui nous intéressent particulièrement ici, car les activités des hautes écoles privées pourraient en relever, comme l'a plusieurs fois constaté la CJCE/CJUE en référence au droit de l'UE⁷⁵. Quoi qu'il en soit, l'examen de la jurisprudence en la matière permet de penser que cet accord n'aurait que des effets **limités** dans le domaine de l'enseignement supérieur.

- En ce qui concerne la **liberté de prestation de services**, la CJUE⁷⁶ comme le Tribunal fédéral⁷⁷ estiment que l'accord sur la libre circulation des personnes ne crée dans l'ensemble que des droits de séjour liés à la fourniture ou à la réception de services, et qu'il n'interdit pas en bloc toute restriction à la liberté des services – abstraction faite des droits expressément garantis (concernant les travailleurs détachés, par exemple). Le Tribunal fédéral⁷⁸ (la CJUE ne s'est encore pas prononcée à ce sujet) pourrait juger que l'accord sur la libre circulation des personnes donne à un prestataire de services le droit d'exercer une activité économique sur le territoire d'une autre partie contractante sans discrimination directe ou indirecte par rapport aux prestataires nationaux ; la question de savoir si l'on peut en inférer une interdiction des restrictions est controversée⁷⁹. En

⁷⁰ Au sujet des accords bilatéraux, voir parmi d'autres références EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz*, notamment p. 95 ss.

⁷¹ Qui fait partie, comme celui sur la libre circulation des personnes, des « Bilatérales I », qui englobaient en outre des accords sur la recherche, les obstacles techniques au commerce, l'agriculture, les transports terrestres et les transports aériens (texte des accords consultable sous les références FF 1999, 5788 ss et JO 2002 L 114, 1 ss). Les « Bilatérales II » ont été signées au mois d'octobre 2004 et sont à présent en vigueur (à l'exception notable de l'accord sur la lutte contre la fraude) ; elles couvrent la fiscalité des pensions des fonctionnaires retraités de l'Union européenne domiciliés en Suisse, les produits agricoles transformés, la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement, la coopération dans le domaine de la statistique, la participation à divers programmes d'éducation, de formation professionnelle et de jeunesse, l'association au régime de Schengen et Dublin, la fiscalité de l'épargne et la lutte contre la fraude (le texte de tous ces accords est consultable sous la référence FF 2004, 5593 ss).

⁷² Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681 ; JO. 2002 L 114, 6 ss.

⁷³ Les accords sur la recherche et l'éducation ne nous intéressent pas directement ici, car ils ne s'appliquent qu'à la coopération aux programmes correspondants de l'Union.

⁷⁴ Pour une interprétation détaillée de l'ALCP, parmi d'autres références, EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz*, notamment p. 155 ss, 191 ss.

⁷⁵ Voir par exemple CJCE, C-109/92 (Wirth), Recueil de jurisprudence 1993, I -6447, paragr. 17.

⁷⁶ CJUE, Recueil de jurisprudence C-70/09 (Hengartner), arrêt du 15.7.2010.

⁷⁷ ATF 133 V 624 ; ATF 134 V 330.

⁷⁸ Voir par exemple TF, 2C_151/2008, arrêt du 17.6.2008, dans lequel le Tribunal fédéral examine une restriction à la liberté active de prestation de services sur la base de l'accord, mais conclut à sa justification.

⁷⁹ Voir dans l'ensemble, parmi d'autres références, TOBLER/MARITZ, SJER 2008/2009, p. 335 ss ; EPINEY, dans : *Personenfreizügigkeit-sabkommen*, p. 81 (p. 86 ss).

tout cas, la discrimination et les restrictions peuvent toujours se justifier par des raisons impérieuses liées à un intérêt général⁸⁰.

- La **liberté d'établissement** garantie par l'accord ne concerne que les personnes physiques, pas les personnes morales⁸¹ : ces dernières ne jouissent donc pas de la liberté d'établissement en vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes (contrairement à ce que prévoit le droit de l'UE). Ce qui veut dire que la liberté d'établissement ne devrait guère jouer de rôle dans le contexte qui nous occupe, car on peut penser que les services d'éducation et de recherche sont offerts par des personnes morales, et non par des personnes physiques.

60. En **conclusion**, le traitement des prestataires étrangers offrant des services d'éducation et de recherche ne doit pas les défavoriser directement ou indirectement par rapport aux prestataires nationaux ; il reste toutefois possible de faire valoir des impératifs de sécurité et d'ordre publics, ainsi que des exigences impérieuses liées à un intérêt général (sachant qu'il convient alors de respecter le principe de proportionnalité). Au-delà de cette règle, il n'a pas encore été répondu de façon concluante à la question de savoir si les restrictions à caractère général de la liberté de prestation de services (telle l'exigence universelle d'accréditation) sont ou non admissibles au regard de la protection de cette liberté. En tout cas, les prescriptions issues de l'accord sur la libre circulation des personnes devraient dans l'ensemble, sur le plan structurel, avoir été alignées sur les règles de l'OMC (en ce qui concerne le principe de non-discrimination) et sur les droits fondamentaux garantis par la Constitution (pour ce qui est d'éventuelles restrictions), de sorte qu'il ne devrait pas y avoir, en fin de compte, d'exigences plus strictes découlant de l'accord.

⁸⁰ Voir seulement TF, 2C_151/2008, arrêt du 17.6.2008.

⁸¹ CJCE, Recueil de jurisprudence C-351/08 (Grimme), arrêt du 12.11.2009 ; CJCE, Recueil de jurisprudence C-541/08 (Fokus Invest), arrêt du 11.2.2010.

§ 3 Statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles dans la LEHE : aspects choisis

61. Eu égard à la description du problème présentée ci-dessus⁸² et sur la base du cadre juridique discuté⁸³, nous voulons à présent analyser divers aspects choisis du statut des institutions étrangères et/ou privées du domaine des hautes écoles dans la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, c'est-à-dire sous le régime qu'elle instaure. Notre attention se concentrera entièrement sur des questions auxquelles les dispositions légales n'apportent pas de réponse ou du moins pas de réponse claire. Thématiquement, il s'agit pour l'essentiel d'une série de questions de droit concernant **l'accréditation des institutions privées et/ou étrangères du domaine des hautes écoles**, qui peuvent se subdiviser entre les conditions et les effets de l'obligation d'accréditation (II.), la réalisation de l'accréditation (III.) et les conséquences juridiques de l'accréditation effectuée (IV.). Vu le rôle crucial de l'accréditation, nous donnons pour commencer un bref aperçu du système constitué par la loi et clarifions les possibilités de son application aux institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles (I.).

I. L'accréditation selon la LEHE : aperçu et applicabilité aux institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles

1. Aperçu

62. L'accréditation prévue par la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles doit être considérée en relation avec **l'assurance de la qualité**, que prévoit aussi la loi et qui représente en vertu des bases juridiques en vigueur l'un des principes et objectifs essentiels de l'espace suisse des hautes écoles⁸⁴. Les art. 27 ss LEHE fixent les grandes lignes du système d'assurance qualité du domaine des hautes écoles : selon ce système, les hautes écoles et les autres institutions du domaine des hautes écoles sont tenues de contrôler elles-mêmes périodiquement la qualité de leur enseignement, de leur recherche et de leurs prestations de services et de veiller à l'assurance de la qualité à long terme (art. 27 LEHE). **Les pouvoirs publics pourvoient principalement à l'assurance de la qualité** par le moyen de l'accréditation⁸⁵. Il faut distinguer à cet égard entre **l'accréditation institutionnelle** obligatoire pour les hautes écoles et les autres institutions du domaine des hautes écoles, d'une part, et **l'accréditation de programmes** facultative pour les programmes d'étude des hautes écoles, d'autre part. L'accréditation institutionnelle, qui est visée en première ligne dans la présente étude, doit servir à « faciliter l'orientation et les choix ». Elle doit aussi contribuer à soutenir le profil des hautes écoles et à améliorer la reconnaissance internationale et la comparabilité des diplômes »⁸⁶.

63. L'art. 30, al. 1, LEHE cite les **conditions de l'accréditation d'institution**, lesquelles doivent être précisées par les directives d'accréditation visées à l'art. 30, al. 2 LEHE en tenant compte de la spécificité et de l'autonomie des hautes écoles. Relevons les conditions suivantes.

- La haute école concernée doit disposer d'un système d'assurance de la qualité garantissant notamment que les prestations fournies sont de haute qualité, que l'accès aux études et leur conception soient conformes aux dispositions légales, que l'organisation et la direction de la haute école soient efficaces, qu'un droit de participation soit donné aux personnes relevant de l'institution et que l'égalité des chances soit promue (art. 30, al. 1, let. a).
- En outre, la haute école doit offrir un enseignement, une recherche et des prestations de services dans plusieurs disciplines ou domaines d'études et présenter les garanties suffisante pour garantir la pérennité de l'institution (art. 30, al. 1, let. b et c LEHE).

⁸² Voir paragr. 1 ss ci-dessus.

⁸³ Voir paragr. 6 ss ci-dessus.

⁸⁴ Voir paragr. 15 s. ci-dessus.

⁸⁵ Voir à cet égard les dispositions de l'art. 63a, al. 5, Cst. et l'utilisation du couple notionnel « assurance de la qualité et accréditation » à l'art. 1, al. 2, let. b, LEHE.

⁸⁶ Message LEHE, FF 2009 4067, 4116.

L'**accréditation de programmes** suppose qu'un enseignement de haute qualité soit garanti et que le programme d'études puisse effectivement être achevé (art. 31 LEHE). De plus, l'accréditation de programmes ne peut survenir que si l'institution visée est titulaire d'une accréditation d'institution (art. 28, al. 2, let. c, LEHE).

64. L'**accréditation d'institution est en outre une condition** pour obtenir des **contributions fédérales** au sens des art. 45 ss LEHE (art. 28, al. 2, let. b ; art. 45, al. 1, let. a, LEHE), l'**accréditation de programmes** (art. 28, al. 2, let. c) et notamment le **droit à l'appellation**. Ce droit comporte pour la haute école accréditée le droit à l'appellation d'« université », de « haute école spécialisée » ou de « haute école pédagogique », y compris dans ses formes composées ou dérivées, telles que « institut universitaire » ou « institut de niveau haute école spécialisée », le droit à l'appellation valant aussi pour les équivalents dans d'autres langues (art. 28, al. 2, let. a, en relation à l'art. 29 ; art. 62, al. 1, LEHE). Cela signifie que les appellations en question rempliront d'une certaine façon à l'avenir le rôle de « label » attestant une qualité minimale déterminée.⁸⁷ De ce fait, les EPF, toutes les universités, hautes écoles spécialisées et hautes écoles pédagogiques des cantons sont en tout cas tenues d'obtenir une accréditation institutionnelle. Une telle accréditation est requise pour les institutions étrangères et privées si elles veulent faire usage des droits qui en découlent, notamment du droit à l'appellation⁸⁸.

65. La **procédure d'accréditation** passe d'abord par l'Agence suisse d'accréditation ou par des agences suisses ou étrangères qui, reconnues par le Conseil suisse d'accréditation⁸⁹, lui soumettent ensuite une proposition d'accréditation d'institution ou de programmes (art. 33 LEHE). Le Conseil suisse d'accréditation décide alors de manière définitive sur les accréditations d'institution et de programmes (art. 21, al. 3, en relation aux art. 33 et 65, al. 2, LEHE). Le Conseil des hautes écoles fixe la durée de l'accréditation (art. 34 LEHE). Le Conseil suisse d'accréditation et l'Agence suisse d'accréditation financent les coûts de procédure au moyen d'émoluments couvrant les frais. A cet effet, le Conseil suisse d'accréditation édicte un règlement sur les émoluments, lequel est soumis à l'approbation du Conseil des hautes écoles (art. 35 LEHE).

2. Applicabilité aux institutions étrangères et privées

66. Selon l'art. 2, al. 1, LEHE, le **champ d'application de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles** comprend les hautes écoles, d'une part, et les autres institutions du domaine des hautes écoles de la Confédération et des cantons, d'autre part. Sont réputées hautes écoles au sens de la loi les hautes écoles universitaires, notamment les universités cantonales et les EPF, de même que les hautes écoles spécialisées et les hautes écoles pédagogiques (art. 2, al. 2, LEHE). L'art. 2, al. 4, LEHE prévoit que les dispositions des chap. 5 et 9 LEHE s'appliquent également à l'accréditation des universités, hautes écoles spécialisées et hautes écoles pédagogiques privées ainsi que des autres institutions privées du domaine des hautes écoles ; il précise en outre quelle disposition règle la participation de ces institutions à la Conférence des recteurs des hautes écoles suisses⁹⁰.

67. A cet égard se pose la question de l'interaction entre l'art. 2, al. 1 et 2, LEHE et l'art. 2, al. 4, LEHE. A considérer les deux premiers alinéas de l'art. 2, on pourrait conclure que seules les institutions du domaine des hautes écoles qui sont financées par la Confédération et les cantons valent comme hautes écoles. Mais comme l'art. 2, al. 4, LEHE se réfère expressément aux institutions privées et que les « hautes écoles privées » sont en outre mentionnées à l'art. 19, al. 2, LEHE, il apparaît que l'art. 2, al. 1 et 2, n'est pas exhaustif et que les **institutions privées du domaine des hautes écoles** entrent, à tout le moins partiellement, dans le champ d'application de la loi. Ainsi, le domaine d'application de la

⁸⁷ Il est question d'une « marque » capable de fonder une réputation et de créer la confiance. Cf. Rapport explicatif LEHE, p. 19.

⁸⁸ Message LEHE, FF 2009 4067, ici p. 4116-4117. Cf. paragr. 88 ss ci-dessous.

⁸⁹ Au sujet de ce Conseil, voir paragr. 34 ci-dessus.

⁹⁰ Le projet mis en consultation prévoyait encore une flexibilisation du domaine d'application aux institutions privées du domaine des hautes écoles sur le plan matériel, puisqu'il ménageait à la Conférence suisse des hautes écoles la compétence de déclarer d'autres dispositions de la loi applicables aux institutions privées (art. 2, al. 3, du projet LAHE du 12 septembre 2007 mis en consultation). Cette norme de délégation a finalement été abandonnée en faveur d'une définition légale exhaustive du domaine d'application pour les institutions privées du domaine des hautes écoles, sans que des oppositions déterminantes ne soient apparues dans la consultation. Ainsi formulée, la disposition désormais choisie répond mieux aux exigences de la sécurité du droit et au principe de l'art. 64 Cst. selon lequel toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Pour les résultats de la consultation concernant ce sujet, voir Rapport sur les résultats de la consultation LEHE, p. 22 et 69.

LEHE se déploie à plusieurs niveaux : la loi s'applique complètement aux hautes écoles cantonales (universités, hautes écoles spécialisées, hautes écoles pédagogiques et autres institutions cantonales relevant du domaine des hautes écoles), alors que les EPF et les autres institutions fédérales du domaine des hautes écoles sont exceptées de l'application de certaines dispositions relatives au financement (art. 2, al. 3, LEHE) et que les institutions privées (universités, hautes écoles spécialisées, hautes écoles pédagogiques et autres institutions privées du domaine des hautes écoles) ne sont en définitive soumises qu'aux chap. 5 et 9, à l'art. 19, al. 2, LEHE et aux dispositions qu'ils visent (art. 30, al. 1, let. a, ch. 2, en relation aux art. 23 à 26 LEHE). Enfin, la loi contient aussi des dispositions qui valent en principe *erga omnes*. Tel est le cas par exemple du droit à l'appellation régi par l'art. 29 LEHE et aux dispositions pénales prévues à l'art. 63 LEHE.

68. L'application de la loi aux **institutions étrangères du domaine des hautes écoles** ne fait l'objet d'aucune règle explicite. S'il s'agit d'**institutions privées**, elles sont sans autres soumises, en l'absence d'une différenciation supplémentaire, à l'art. 2, al. 4, LEHE et, de ce fait, au champ d'application réduit de la loi. Quant aux **institutions étrangères publiques**, les deux approches suivantes sont envisageables.

- Premièrement, hormis les dispositions *erga omnes* citées plus haut, ces institutions pourraient être généralement exclues du champ d'application de la loi. Il en résulterait que de telles institutions n'obtiendraient pas d'accréditation selon le droit suisse et qu'elles ne pourraient pas opérer en Suisse sous l'appellation d'« université », de « haute école spécialisée » ou de « haute école pédagogique » (cf. art. 29, 62, al. 1, LEHE)⁹¹. Mais cette définition entrerait potentiellement en conflit avec les principes constitutionnels de la liberté scientifique et éventuellement de la liberté économique⁹². Par ailleurs, elle ne serait guère conciliable avec les obligations de la Suisse quant à l'accès au marché et au traitement national prévus par l'AGCS : si ces obligations ne se rapportent en fait qu'aux offres de formation privées, il convient cependant de les comprendre au sens large (comme nous l'avons vu ci-dessus)⁹³, si bien que les institutions étrangères publiques peuvent également bénéficier, à tout le moins dans certains cas, des obligations de la Suisse.
- Une deuxième possibilité consiste, selon une interprétation de la loi conforme aux dispositions du droit international et des droits fondamentaux, à assimiler les institutions étrangères publiques du domaine des hautes écoles à des hautes écoles privées et à les intégrer de ce fait dans le champ d'application partiel de la loi conformément à l'art. 2, al. 4, LEHE. Cette approche est soutenue par le fait qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer les institutions publiques des institutions privées et qu'une telle distinction n'apparaît guère judicieuse lorsque les institutions privées sont principalement financées par des fonds publics. De plus, une inégalité de traitement entre hautes écoles étrangères privées et publiques, qui entraînerait des conséquences importantes, ne serait guère justifiable. En présence d'une semblable constellation d'intérêts (orientation vers le marché, financement limité ou inexistant par les pouvoirs publics en Suisse, etc.), il apparaît finalement souhaitable – notamment en considérant les faits – d'assimiler généralement les institutions étrangères (publiques et privées) aux institutions privées de la Suisse. Cette interprétation s'insère bien également dans la distinction entre hautes écoles et institutions du domaine des hautes écoles financées par la Confédération et par les cantons, d'une part, et les autres institutions du domaine des hautes écoles, d'autre part (distinction sous-jacente à la LEHE et articulée à l'art. 2, al. 1 et 4, LEHE).

69. En **conclusion**, nous pouvons donc noter que, dans le cadre de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, les **institutions privées et étrangères (publiques) du domaine des hautes écoles** sont placées sur un pied d'égalité et qu'à ce titre elles doivent être traitées de manière égale. **En conséquence**, puisque la LEHE s'applique aux institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles et conformément à l'art. 2, al. 4, LEHE, les dispositions du chap. 5 « Assurance de la qualité et accréditation », celles du chap. 9 (« Protection des appellations et des titres, sanctions et voies de droit », celles de l'art. 19, al. 2, LEHE et celles auxquelles les dispositions visées renvoient (art. 30, al. 1, let. a, ch. 2, LEHE en relation aux art. 23 à 26 LEHE) s'appliquent aussi en principe s'agissant des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles. Il reste à clarifier l'ampleur et la portée de cette subordination à la loi. C'est l'objet de la discussion qui suit.

⁹¹ S'agissant du principe du droit à l'appellation, cf. paragr. 64 ci-dessus; s'agissant de sa portée en lien aux institutions privées et étrangères, voir paragr. 71 ss ci-dessous.

⁹² Voir à ce sujet paragr. 39 ss ci-dessus.

⁹³ Voir paragr. 49 ss ci-dessus.

II. Conditions et effets de l'obligation d'accréditation

70. Selon ce qui précède, la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles implique l'**obligation d'accréditation des hautes écoles privées et étrangères ou des autres institutions du domaine des hautes écoles** si elles entendent faire valoir le **droit à l'appellation** mentionné⁹⁴. Deux questions (au moins) sont ainsi soulevées. Premièrement, il faut clarifier dans quelles conditions précises l'obligation d'accréditation intervient, ce qui revient aussi finalement à définir la portée du champ d'application de cette obligation (pt 1 ci-dessous). Deuxièmement, il s'agit de l'« exclusivité » du mécanisme d'accréditation prévu dans la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles par rapport aux procédures et accréditations cantonales éventuellement existantes. En d'autres termes, il est question de savoir si la réglementation de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles implique l'exclusion des accréditations cantonales (et du droit à l'appellation qui en découle le cas échéant) ou si les cantons conservent des compétences en l'occurrence (pt 2).

1. Portée de l'obligation d'accréditation pour les institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles

71. Selon le mécanisme de base de la LEHE, l'accréditation est une condition du droit à l'appellation, à l'octroi de contributions fédérales et à l'accréditation de programmes (art. 28, al. 2, LEHE). L'accréditation est donc contraignante pour les institutions qui veulent induire les effets juridiques correspondants. Si cette délimitation est claire dans la perspective de l'octroi de contributions fédérales et de l'accréditation de programmes, la question des limites se pose s'agissant du droit à l'appellation : pour quelles institutions et pour quel taux ou type d'activité en Suisse **le droit à l'appellation au sens de la LEHE** est-il obligatoire ? Une fois que l'on a procédé à cette délimitation, **l'ampleur de l'obligation d'accréditation** peut en être déduite.

72. La réponse à cette question laissée ouverte par la loi doit être apportée d'une part dans l'esprit d'une interprétation de la loi conforme au droit international, sur la base des **dispositions constitutionnelles et de droit international** dont il a pour une part déjà été question et, d'autre part, en tenant compte des **objectifs de l'accréditation** et du droit à l'appellation qui en découle, lesquels constituent le point de départ et le fondement des critères à développer ci-après.

- S'agissant des dispositions de droit international pertinentes en l'occurrence, il faut commencer par noter les principes de droit international visant la compétence législative des États : de manière générale, **la compétence des États d'exercer leur pouvoir souverain se limite à leur propre territoire**, de sorte que l'activité législative des États ne se rapporte en principe qu'à leur propre territoire et qu'elle ne saurait réglementer que des situations « domestiques ». ⁹⁵ Dans un tel contexte, il faut partir du principe que les dispositions relatives au droit en matière d'appellation ne peuvent d'emblée s'appliquer **qu'à des faits survenant en Suisse**, ce qui ne résout pas pour autant la question du tracé précis des limites.
- Ensuite, l'obligation d'accréditation peut constituer une **restriction de la liberté scientifique ou de la liberté économique** des institutions du domaine de la formation⁹⁶. Elle peut en outre, selon sa conception, représenter une limitation illicite de l'accès au marché ou une violation du principe du traitement national et, de ce fait, contrevir aux obligations contractées par la Suisse dans le cadre de l'**AGCS**⁹⁷. De plus, lors de la conception et de l'application de l'accréditation, il faut tenir compte des **principes de différenciation et d'égalité de traitement, de l'objectif de concurrence ainsi que de l'autonomie des hautes écoles**⁹⁸, qui visent à maintenir ou à créer en Suisse un paysage des hautes écoles divers et compétitif, où l'autonomie des institutions des

⁹⁴ Voir paragr. 64 ci-dessus.

⁹⁵ Cependant, par exception à cette règle, le droit international permet également l'édiction de normes juridiques entraînant (aussi) des effets extraterritoriaux, sous réserve cependant que des éléments de rattachement suffisants existent avec l'Etat visé ou son territoire. Des principes spéciaux sont appliqués en matière de droit pénal. Cf. pour l'ensemble de ce sujet : KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, *Völkerrecht*, p. 185 ss, avec d'autres références. En l'occurrence toutefois, ces exceptions ne sont *a priori* pas pertinentes.

⁹⁶ Paragr. 39 ss ci-dessus.

⁹⁷ Paragr. 49 ss ci-dessus.

⁹⁸ A ce sujet, voir paragr. 18 ss ci-dessus.

hautes écoles soit garantie. Or, à cet égard, il convient aussi de considérer généralement que, justement pour les institutions internationales actives dans plusieurs pays, les exigences différentes, voire contradictoires posées à l'accréditation selon le pays peuvent constituer une restriction considérable. Globalement, sous l'angle des dispositions de droit international et des droits fondamentaux et compte tenu des principes juridiques mentionnés visant le domaine des hautes écoles, on ne saurait invoquer le domaine d'application du droit à l'appellation et, par déduction, la portée de l'obligation d'accréditation que dans la mesure où cela **est effectivement nécessaire à garantir un niveau de qualité élevé et une protection adéquate des consommateurs**. En l'occurrence, les **aspects du principe de proportionnalité** jouent un rôle essentiel.

- Les objectifs de l'accréditation et du droit à l'appellation qui en découle sont étroitement liés à ce qui précède. Il s'agit donc de prendre en compte **le sens et la raison d'être de l'instrument de l'accréditation et du droit à l'appellation**. Comme nous l'avons présenté ci-dessus⁹⁹, l'accréditation poursuit un double but : d'une part, à titre de « macro-fonction », elle vise à garantir le niveau élevé de la place suisse des hautes écoles quant à l'enseignement, la recherche, les services et la formation continue académique ; d'autre part, à titre de « micro-fonction », elle assure la protection des consommateurs que sont les étudiants, les destinataires des prestations et, indirectement, les employeurs et la société. A cet égard, il s'agit de soutenir la qualité et la confiance en la qualité des institutions suisses du domaine des hautes écoles. Il en résulte que les dispositions concernant le droit à l'appellation et, partant, l'accréditation ne doivent en principe intervenir que si l'institution visée doit être considérée comme **faisant partie du paysage suisse des hautes écoles**, car les objectifs mentionnés de l'assurance qualité et de la protection du consommateur ne s'appliquent qu'à cette condition.

73. Si l'on synthétise les considérants ou principes mentionnés, **savoir si une institution déterminée fait ou non partie du paysage suisse des hautes écoles et si elle est perçue comme telle**, de sorte que garantir la protection de la qualité et la réputation du domaine des hautes écoles implique un contrôle correspondant de la qualité par des institutions suisses, doit servir de **ligne directrice** pour esquisser l'obligation d'accréditation. A cet égard, il faut distinguer les cas suivants.

- **Les hautes écoles étrangères dépourvues de tout lien « territorial » spécifique à la Suisse et sans activité d'enseignement ou de recherche proprement dite en Suisse** ne peuvent pas, en règle générale, être comprises comme faisant partie du système suisse des hautes écoles ni être perçues comme telles. Elles ne sont de ce fait pas soumises à l'obligation relative à l'appellation et ne doivent donc pas obtenir une accréditation au sens de la LEHE pour se présenter en Suisse comme « université » ou sous une autre désignation semblable (cf. art. 29 LEHE). Citons comme exemples les universités étrangères qui font en Suisse de la publicité pour un programme d'études à distance, pour la participation au cours d'une université virtuelle ou pour des offres d'études en ligne (sur internet, sur des affiches ou au moyen d'autres moyens promotionnels) et les institutions qui tentent de recruter en Suisse des étudiants potentiels pour des études à l'étranger.
- La même règle devrait s'appliquer aux constellations où **ne sont déployées en Suisse que des activités « faciles d'accès »** et où **la relation au paysage suisse des hautes écoles n'apparaît pas**. On entend en l'occurrence, par exemple, l'exploitation d'agences de contact et de bureaux d'encadrement, dont l'activité se limite à accomplir des tâches de secrétariat, les serveurs d'une université virtuelle, les offres de formation virtuelles en Suisse ou l'organisation d'examens, dans des locaux loués en Suisse, pour des études à distance, etc.
- En revanche, l'accréditation est requise dans la perspective du droit à l'appellation **si l'institution visée est ancrée en Suisse** ou si **l'impression** qu'elle l'est est suscitée. On peut envisager en l'occurrence divers points de rattachement (les critères énumérés ci-après ne constituent pas une liste exhaustive).
 - **Siège de la haute école** : si le siège principal de l'institution du domaine des hautes écoles se situe en Suisse, le lien avec le paysage national des hautes écoles est en tout cas suffisant pour que le droit à l'appellation suppose l'accréditation. Si la société active en Suisse est la filiale d'une institution relevant du domaine des hautes écoles, une accréditation devrait aussi être requise en principe.

Dans ce contexte, on peut se demander s'il serait envisageable de renoncer à soumettre le droit à l'appellation à la condition d'une accréditation si l'institution mère est clairement indiquée (« Haute école xy, une filiale de l'Université Y »). Au final, les arguments l'emportent pour répondre par la négative à cette question. En effet, dès

⁹⁹ Paragr. 15 s., 62 ss ci-dessus.

qu'une institution a son siège principal en Suisse, elle est en principe intégrée d'une certaine manière dans le paysage suisse des hautes écoles, respectivement elle recherche une telle intégration et l'impression correspondante est suscitée. L'obligation d'accréditation doit alors s'appliquer si cette institution veut se désigner par « université » ou par une autre appellation semblable (cf. art. 29 LEHE).

On peut aussi déduire de l'art. 63, al. 2, LEHE que le siège principal suffit à constituer un point de rattachement, puisque le canton siège est compétent pour engager une poursuite pénale en cas de violation du droit à l'appellation. Mais on ne saurait en déduire *a contrario* que seules les institutions dont le siège est en Suisse sont soumises à l'obligation d'accréditation. Une telle obligation s'impose également en cas d'étroite relation d'un autre genre à la Suisse.

- **Succursale** : en principe, les principes parallèles doivent aussi s'appliquer lorsqu'une institution étrangère se borne à fonder en Suisse une succursale dépourvue de la personnalité juridique et qu'elle y **déploie des activités conséquentes**. Car dans ce cas également, il convient à tout le moins généralement d'admettre que l'apparence de l'intégration dans le système suisse des hautes écoles et de la participation à ce système est suscitée et/ou qu'elle est recherchée.
- **Appellation de la haute école** : il y a également lieu de supposer une relation avec le système suisse des hautes écoles si l'appellation de l'institution du domaine des hautes écoles indique un lien avec la Suisse, tel que la désignation de lieux suisses. Par exemple, des appellations comme « Université privée de Glaris » ou « Université internationale de Zurich » ou « Université privée de la Suisse » – sous réserve que de telles appellations ne soient pas illicites en raison du risque de confusion avec des institutions étatiques – indiquent un lien avec le paysage suisse des hautes écoles, de sorte qu'il apparaît approprié de les soumettre à l'obligation d'accréditation, que leurs activités se déploient ou non en Suisse.
- **Autres éléments de référence** : on peut en outre envisager d'autres éléments susceptibles d'indiquer un lien à la Suisse dans la perception du public et qui peuvent donc impliquer une obligation d'accréditation. Songeons par exemple aux messages publicitaires faisant référence à la Suisse, à l'utilisation du domaine de premier niveau « .ch » pour accéder à internet, à l'établissement de locaux aux fins de formation et de recherche ou à la prestation d'activités de recherche, d'enseignement ou de services en Suisse. Dans de tels cas, le critère déterminant est de savoir si le public et les étudiants peuvent penser que les établissements concernés sont des institutions « suisses ». En l'occurrence, il faut procéder au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances, à la délimitation des activités menées en Suisse uniquement pour faciliter l'accès à une offre (de telles activités ne conduisant pas à considérer l'institution concernée comme faisant partie du paysage suisse des hautes écoles).

74. Il apparaît ainsi clairement que, selon la constellation, l'obligation de procéder à une accréditation ne constitue une condition à l'obtention du droit à l'appellation qu'en fonction des **circonstances du cas d'espèce**. Si, en vertu de l'art. 29 LEHE, l'existence d'un siège en Suisse et certaines appellations requièrent dans tous les cas une accréditation pour obtenir le droit à l'appellation, la présence d'autres points de rattachement appelle nécessairement une appréciation complète de toutes les circonstances du cas d'espèce. Cette appréciation doit être d'une part guidée par les droits fondamentaux et les dispositions de droit international de même que par les principes réglementaires régissant le domaine des hautes écoles. Elle doit être d'autre part axée sur la garantie des intérêts publics que représente la protection des consommateurs et de la qualité dans le domaine des hautes écoles. Au demeurant, le **principe de proportionnalité** doit être respecté dans tous les cas.

Dans ce contexte, il faut en particulier se demander s'il n'existerait pas des moyens moins contraignants pour garantir les intérêts publics mentionnés. En cas de risque de confusion, on pourrait par exemple envisager d'obliger les institutions concernées à **indiquer expressément leur incorporation à l'étranger**. Si cette mesure ne permet pas de dissiper suffisamment les inquiétudes, on pourrait imaginer de prévoir, dans les cas douteux, une **obligation de déclarer l'absence d'accréditation**. Certes, de telles obligations constituent aussi une restriction aux activités des institutions concernées et éventuellement une limitation de leurs positions juridiques fondamentales, mais elles devraient généralement déployer des effets moins restrictifs que la renonciation complète au droit d'appellation. Elles représentent donc des mesures préférables sous l'angle du principe de proportionnalité.

Enfin, il apparaît approprié de **prévoir un droit dispositif d'accréditation** pour les institutions étrangères du domaine des hautes écoles qui ne sont pas soumises à l'accréditation obligatoire, sous réserve qu'elles peuvent faire valoir un intérêt suffisant à une telle démarche. Une telle option devrait être réalisable et ne guère poser de problème, puisque les requérants doivent s'acquitter d'émoluments à hauteur des frais en vertu de l'art. 35 LEHE.

2. Marge de manœuvre restante pour les accréditations cantonales

75. L'ancrage dans la LEHE d'une obligation d'accréditation comme condition au droit à l'appellation soulève aussi la question de savoir s'il est licite **que les cantons procèdent à une accréditation des institutions du domaine des hautes écoles**. Cette problématique se pose tant pour les institutions étrangères ou privées que pour les institutions publiques suisses du domaine des hautes écoles. En d'autres termes, il y a lieu de se demander dans quelle mesure l'ordre juridique régissant les hautes écoles (LEHE, concordat sur les hautes écoles, Convention de coopération basée sur l'art. 63a Cst.) laisse encore un espace aux accréditations ou reconnaissances cantonales ou s'il a un **caractère exhaustif**. Des questions parallèles se posent quant aux **accréditations ou reconnaissances cantonales des programmes d'études et des diplômes** de même que pour la **reconnaissance des prestations d'enseignement** en général.

76. Le **cadre constitutionnel** fournit le point de départ pour répondre à cette question. Fondamentalement, on peut noter que les cantons demeurent compétents s'agissant de la législation régissant le domaine des hautes écoles, compte tenu de la souveraineté cantonale en matière scolaire et en vertu de l'art. 3 Cst.¹⁰⁰, mais que la Confédération et les cantons sont conjointement compétents pour garantir « l'assurance de la qualité dans l'espace suisse des hautes écoles » (art. 63a, al. 3, Cst.). Pour accomplir cette tâche, la Confédération et les cantons concluent des contrats et ils instituent des organes communs (art. 63a, al. 4, Cst.), la compétence de la Confédération étant prévue à titre subsidiaire pour le cas où cette coopération n'atteindrait pas les objectifs fixés (art. 63a, al. 5, Cst.)¹⁰¹. Ces dispositions seront désormais mises en œuvre dans le cadre juridique du concordat sur les hautes écoles, de la Convention de coopération et de la LEHE. La **délégation de compétences aux organes communs** s'étend généralement à la « coordination dans le domaine suisse des hautes écoles » aux fins de réaliser le but mentionné à l'art. 1 LEHE et à l'art. 1 du concordat sur les hautes écoles et pour atteindre les objectifs visés à l'art. 3 LEHE, à l'art. 1, let. d, du concordat sur les hautes écoles et à l'art. 1 de la Convention de coopération. De ce fait, les compétences nouvellement créées des organes communs comprennent la totalité du domaine des hautes écoles (« domaine tertiaire A »), soit les réglementations relatives aux EPF, aux universités, aux hautes écoles spécialisées, aux hautes écoles pédagogiques et aux autres institutions du domaine des hautes écoles qui fournissent des prestations de formation et les réglementations relatives aux offres de formation, à la recherche et aux services dans le domaine des hautes écoles (y compris la formation continue académique). En revanche, les formations et les établissements de la formation professionnelle supérieure (« domaine tertiaire B ») ne seront pas soumis à ce régime : ils continueront d'être régis au niveau fédéral conformément aux dispositions de l'art. 63 Cst. Ainsi, sur le fond, le cadre juridique concernant le domaine de la reconnaissance, qui est en voie d'être constitué par la LEHE, le concordat sur les hautes écoles et la Convention de coopération, ne s'étend à la reconnaissance des diplômes et à l'accréditation des institutions et des programmes que pour le domaine des hautes écoles (domaine tertiaire A). Les bases juridiques pour le transfert de compétences de la Confédération et des cantons au Conseil des hautes écoles, s'agissant de l'édiction de dispositions visant la reconnaissance des diplômes et la procédure de reconnaissance des prestations de formation, se trouvent à l'art. 12, al. 3, let. a, ch. 3, LEHE, aux art. 5 et 6 du concordat sur les hautes écoles et à l'art. 2, al. 2, let. b, ch. 1, de la Convention de coopération. S'agissant de l'accréditation des institutions et des programmes (art. 28 ss LEHE), le transfert des compétences cantonales repose en particulier sur les art. 5 et 6 du concordat sur les hautes écoles et sur l'art. 2, al. 2, let. c, ch. 1, et let. d, de la Convention de coopération.

77. S'il est clair que les compétences correspondantes des domaines sectoriels visés ont été transférées aux organes communs (ce qui vient d'être affirmé pour l'accréditation ou la reconnaissance d'institutions et de programmes et pour la reconnaissance des diplômes dans le domaine des hautes écoles), la question se pose alors de savoir si ce transfert de compétences de la Confédération et des cantons aux organes communs revêt un **caractère exclusif** ou si, au contraire, les cantons disposent encore de la latitude leur permettant d'exercer parallèlement des compétences correspondantes.

78. A première vue, on pourrait répondre à cette question par l'affirmative puisqu'il est reconnu que l'**art. 63a Cst.** représente une **« compétence parallèle »**, qui se distingue justement par le fait que les compétences de la Confédération et des cantons sont maintenues parallèlement et que, contrairement à ce qui prévaut avec les compétences dites concurrentes, l'usage de la compétence de la Confédération n'entraîne pas l'éviction du droit cantonal, c'est-à-dire qu'elle n'a pas pour effet de supprimer les compétences des cantons dans le domaine concerné¹⁰². On pourrait aussi invoquer le fait que la Confédération et les cantons veillent « ensemble » notamment à garantir l'assurance de la qualité (art. 63a, al. 3, Cst.), de sorte que les cantons devraient conserver la possibilité de procéder à leurs propres accréditations ou reconnaissances d'institutions, de programmes d'étude ou de diplômes parallèlement aux procédures prévues dans la LEHE. Une telle assurance complémentaire de la qualité par les cantons pourrait aussi concourir à réaliser le but de garantir un niveau de qualité élevé.

¹⁰⁰ Cf. EHRENZELLER, Hochschulautonomie, p. 208 s.

¹⁰¹ Concernant la répartition des compétences, voir paragr. 9 ss ci-dessus.

¹⁰² Voir paragr. 11 ci-dessus.

79. Ces considérations ne convainquent assurément pas. Déduire de l'art. 63a, al. 3, Cst., s'agissant d'assurance de la qualité, que la Confédération et les cantons ne peuvent plus agir qu'« ensemble » (pour ainsi dire « de main commune », dans l'esprit d'une sorte de tâche commune) serait sans doute exagéré¹⁰³. Mais la possibilité des cantons d'accréditer des hautes écoles ou des programmes d'étude soumis aux art. 28 et 29 LEHE impliquerait en définitive de mettre en question **les objectifs de ces dispositions légales**. En effet, les objectifs essentiels du nouvel ordre juridique à créer dans le domaine des hautes écoles consistent justement à garantir la coordination du domaine des hautes écoles en Suisse et à assurer une qualité adéquate¹⁰⁴. La réalisation de ces objectifs suppose que des standards uniformes soient appliqués dans l'ensemble de l'espace des hautes écoles et que des compétences clairement réglementées y soient instituées. Le fait que les art. 30 et 31 LEHE mentionnent les conditions de l'accréditation et que le Conseil des hautes écoles (où les cantons sont aussi représentés) doive la concrétiser en témoigne également. Maintenir pour les cantons la compétence de reconnaître (ou d'accréditer) de manière autonome des institutions du domaine des hautes écoles, des programmes d'étude ou des diplômes de telles institutions (accréditées en vertu du droit fédéral) recèlerait le risque de contrecarrer la coordination du domaine des hautes écoles, visée par le nouveau cadre juridique, et la garantie recherchée d'exigences de qualité élevées et uniforme. L'interprétation du cadre juridique créé doit donc postuler que seuls les organes communs institués sont compétents dans les domaines sectoriels cités et s'agissant des compétences transmises. Si la Confédération et les cantons souhaitent s'impliquer dans le processus décisionnel et la prise de décision concernés, ils doivent le faire par l'intermédiaire de leurs représentants au sein des organismes correspondants ou indirectement par l'attribution des sièges au sein de ces organes. Par conséquent, le souci « commun » de l'assurance de la qualité dans le domaine des hautes écoles suisses a été concrétisé légalement de telle manière qu'il soit assumé justement conjointement dans les organismes créés à cet effet. Le principe de la **primauté du droit fédéral** (art. 49, al. 1, Cst.) parle aussi en faveur de cette approche. Ce principe veut aussi que les cantons n'édicte généralement que des dispositions qui ne contreviennent pas à l'esprit du droit fédéral et qui n'entravent pas ni ne contrecarrent la réalisation de son but¹⁰⁵.

80. Pourtant, ces considérations ne valent pas s'il s'agit de l'« accréditation » ou de la « reconnaissance » **d'institutions** (ou de leurs programmes d'étude, ou de leurs diplômes) qui ne sont **pas soumises au droit en matière d'appellation** et qui, de ce fait, ne requièrent pas d'accréditation au sens de la LEHE. En effet, les dispositions de la LEHE ne s'appliquent justement pas à de telles institutions, si bien que l'on ne voit pas pourquoi il serait en l'occurrence interdit aux cantons de développer des dispositions correspondantes. En particulier, on ne saurait alléguer que la LEHE instaure à tous égards un ordre définitif qui exclurait l'action des cantons dans le domaine de la reconnaissance des institutions de formation et de leurs programmes ou diplômes alors même que la LEHE ne s'applique pas. De fait, l'assurance de la qualité constitue une tâche commune de la Confédération et des cantons et une assurance de la qualité complémentaire assumée par les cantons peut concourir à réaliser l'objectif de garantir un niveau de qualité élevé, pour autant toujours que les dispositions afférentes de la LEHE ne s'appliquent pas. Il n'apparaît donc pas exclu que les cantons prévoient des règles complémentaires et une procédure de reconnaissance, par exemple pour l'utilisation d'appellations par les institutions non soumises aux dispositions de la LEHE en la matière (« haute école », « académie » ou « institut »)¹⁰⁶. La même remarque doit s'appliquer aux programmes d'étude de telles institutions et aux diplômes qu'elles décernent. Evidemment, les dispositions constitutionnelles et de droit international de même que les principes réglementaires généraux du domaine suisse des hautes écoles doivent également être respectées.

81. Si cette répartition des tâches entre la Confédération et les cantons devait s'avérer non pertinente, la possibilité resterait soit **d'étendre le droit à l'appellation visé à l'art. 29 LEHE à d'autres appellations** (ce qui réduirait ou exclurait totalement la marge réglementaire des cantons), soit de prévoir expressément que les institutions du domaine des hautes écoles qui ne font pas usage de leur droit à l'appellation ne requièrent pas d'accréditation officielle.

Les cantons sont au demeurant également compétents en principe, dans le cadre de l'autonomie garantie des hautes écoles, pour réglementer les affaires concernant exclusivement certaines hautes écoles ou instances porteuses, puisque les réglementations correspondantes ne sont pas nécessaires à la coordination sur l'ensemble du territoire suisse et qu'elles peuvent donc être laissées aux hautes écoles et aux collectivités qui en sont responsables¹⁰⁷.

¹⁰³ Voir à ce propos, avec une référence au droit allemand, EHRENZELLER, Hochschulautonomie, p. 207 s.

¹⁰⁴ Voir à ce propos paragr. 15 s., 62 ss ci-dessus.

¹⁰⁵ Cf. par exemple ATF 134 I 125, consid. 2.1.

¹⁰⁶ Dans le même esprit, cf. Message LEHE, FF 2009 4067, 4153.

¹⁰⁷ La répartition des compétences dans le futur espace suisse des hautes écoles est présentée en termes aussi généraux dans le Message LEHE, FF 2009 4067, 4098 s. S'agissant des principes, voir paragr. 9 ss ci-dessus.

III. « Exécution » de l'accréditation : la reconnaissance des accréditations étrangères

82. L'exécution de l'accréditation et les critères applicables dans ce cadre font l'objet des art. 30 ss LEHE, des directives étant à prévoir pour en assurer la concrétisation¹⁰⁸. Il va de soi que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux accréditations exécutées par les organes prévus dans la LEHE. En revanche, aucune disposition légale ne règle la question de savoir si et, le cas échéant, à quelles conditions **les accréditations étrangères peuvent être reconnues en Suisse**.

83. Par contre, la loi prévoit explicitement la possibilité de **reconnaître**, en plus de l'Agence suisse d'accréditation, **d'autres agences d'accréditation** (suisse et) étrangères. Cette décision incombe au Conseil suisse d'accréditation (art. 21, al. 7, LEHE). Les agences agréées ont la compétence, en vertu de l'art. 33 LEHE, d'adresser des propositions d'accréditation d'institutions et de programmes au Conseil suisse d'accréditation. Grâce à de telles reconnaissances, les institutions étrangères du domaine des hautes écoles (de même que leurs homologues suisses, selon la conception de leurs réglementations) ont la possibilité de mandater une agence d'accréditation pour qu'elle soumette la demande d'accréditation dans plusieurs pays.

84. De prime abord, on pourrait déduire de cette réglementation explicite qu'il n'existe plus de place pour la reconnaissance des accréditations et que la systématique réglementaire de la LEHE s'y opposerait. Mais une telle conclusion ne tiendrait pas compte de la différence de portée juridique entre la reconnaissance d'une agence d'accréditation et la reconnaissance d'une accréditation elle-même. S'il s'agit, dans le premier cas, de ménager généralement à une agence le droit de soumettre une proposition au Conseil suisse d'accréditation (ce qu'il est judicieux de réglementer dans la loi pour des raisons inhérentes au droit de procédure), la reconnaissance de certaines accréditations vise seulement (mais ce n'est pas rien) la **reconnaissance d'une accréditation concrète**. Il reste à déterminer, sur la base des dispositions légales afférentes à l'exécution de l'accréditation des institutions, si et dans quelle mesure une telle reconnaissance d'accréditation est possible. Or, les dispositions légales en question montrent que la reconnaissance d'une accréditation institutionnelle décernée à l'étranger est possible ou qu'elle doit l'être. De fait, la reconnaissance d'une accréditation étrangère peut en définitive être assimilée à une sous-catégorie d'accréditation « normale » et il n'apparaît pas que les dispositions des art. 30 ss LEHE excluent cette variante. En d'autres termes, les dispositions générales visant la compétence d'accréditation couvrent aussi la reconnaissance des accréditations étrangères, de sorte qu'elles peuvent lui servir de base légale : l'art. 33 LEHE prévoit en effet que le Conseil suisse d'accréditation détient la compétence décisionnelle en matière d'accréditation et que le droit de soumettre une proposition revient à l'Agence suisse d'accréditation ou à toute autre agence suisse ou étrangère reconnue, sans toutefois préciser sur la base de quels documents et selon quelles modalités la procédure décisionnelle doit se dérouler.

85. Ce principe, qui découle déjà de la systématique de la loi, se trouve confirmé par **les objectifs du système d'accréditation** et par **une interprétation conforme au droit international et au droit constitutionnel** : le système d'accréditation doit aussi, justement, encourager la reconnaissance réciproque des accréditations et, partant, celle des diplômes¹⁰⁹ ; de plus, l'art. 32 LEHE prévoit que la procédure d'accréditation doit respecter les standards internationaux, lesquels poursuivent notamment le but de la reconnaissance réciproque des accréditations (et la reconnaissance réciproque des agences d'accréditation et des diplômes)¹¹⁰. Eu égard à ces aspects, il serait contradictoire d'exclure généralement la reconnaissance d'accréditations étrangères. Il faut en outre rappeler que, fondamentalement, l'exigence d'accréditation peut représenter une atteinte à la liberté économique et à la liberté scientifique ; il faut aussi tenir compte des principes de non discrimination reposant sur les dispositions de l'OMC, le principe de proportionnalité jouant en définitive un rôle important dans ces considérations¹¹¹. Or, exclure généralement la reconnaissance des accréditations étrangères obligerait les institutions déjà accréditées, dont il est prouvé qu'elles remplissent d'ores et déjà les exigences de la LEHE, à se soumettre une nouvelle fois en Suisse à une procédure d'accréditation complète pour être autorisées à faire usage du droit à l'appellation. Une telle obligation ne répondrait pas à une nécessité.

¹⁰⁸ Cf. paragr. 62 ss ci-dessus.

¹⁰⁹ Message LEHE, FF 2009 4067, 4182.

¹¹⁰ Cf. la volonté des ministres européens de l'éducation, déjà exprimée dans la Déclaration de Bologne, d'atteindre un meilleur niveau de compatibilité et de comparabilité des systèmes de hautes écoles (Déclaration de Bologne, p. 2 et rapport ENQA concernant les normes et lignes directrices sur la garantie de la qualité (Report on Standards and Guidelines for Quality Assurance), en particulier à la p. 23, de même que, par exemple, les mesures de l'ECA (*European Consortium for Accreditation*), dans le cadre duquel douze accords bilatéraux visant la reconnaissance d'accréditations et un accord multilatéral visant l'accréditation de programmes d'étude communs (*Joint Programmes*) ont été conclus entre des organes d'accréditation nationaux d'Europe : www.eaconsortium.net/main/documents/mutual-recognition-agreements (consulté le 22.08.2013).

¹¹¹ Cf. paragr. 39 ss, 49 ss ci-dessus.

86. Au bout du compte, retenons que la **reconnaissance d'accréditations institutionnelles étrangères** doit être possible en principe. Cette remarque s'applique au demeurant à l'accréditation d'institutions tant étrangères que suisses, puisque des considérations parallèles sont valables en l'occurrence. Cependant, l'accréditation doit survenir dans le cadre légal existant : la reconnaissance ne pourra être envisagée que si l'accréditation étrangère est équivalente à l'accréditation suisse en ce sens qu'elle répond fondamentalement aux exigences prévues par la loi et concrétisées par les lignes directrices tant sur le plan du droit matériel que du point de vue procédural. Il faudrait aussi concrétiser la procédure de reconnaissance.

Pour demeurer dans ce cadre légal, il apparaît souhaitable, dans la perspective d'édicter des lignes directrices d'accréditation, de prévoir que les demandes de reconnaissance d'accréditations étrangères soient déposées auprès de l'Agence suisse d'accréditation ou auprès d'une autre agence suisse ou étrangère reconnue, laquelle adressera ensuite une demande correspondante au Conseil suisse d'accréditation. De plus, il faut en particulier réglementer en détail la conception concrète de la procédure de reconnaissance, les conditions matérielles applicables et la procédure d'examen. S'agissant des conditions matérielles de la reconnaissance, le standard constitué par l'art. 30 LEHE devrait en principe s'appliquer. On empêcherait ainsi que la reconnaissance d'une accréditation étrangère ne puisse servir à éluder l'accomplissement de ces exigences. Le catalogue de critères de l'art. 30 LEHE devrait cependant être nuancé ou flexibilisé, en ce qui concerne la reconnaissance d'accréditations étrangères, de manière à ce que l'accomplissement de conditions équivalentes suffisent à remplir certains critères. On éviterait ainsi que des institutions du domaine des hautes écoles ne soient confrontées, dans divers pays, à des exigences divergentes, voire contradictoires en matière d'accréditation institutionnelle. Par exemple, il n'apparaît guère praticable, dans le cadre de la reconnaissance d'une accréditation étrangère, d'exiger exactement le même droit de participation des personnes relevant de l'institution (art. 30, al. 1, let. a, ch. 4, LEHE) que pour l'accréditation d'institutions suisses. Quoiqu'il en soit, il sera nécessaire de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce.

La reconnaissance d'une accréditation étrangère sera ouverte, la plupart du temps sur la base d'un accord entre les autorités d'accréditation, aux institutions qui font valoir un intérêt adéquat à être accréditées en Suisse. Dans ce contexte, les émoluments perçus à cet effet en vertu de l'art. 35 LEHE, qui doivent couvrir les frais, devraient permettre d'éviter que les autorités compétentes n'aient à traiter un nombre excessif de demandes de reconnaissance pour des accréditations qui ne présentent qu'un lien ténu au domaine suisse des hautes écoles.

Enfin, mentionnons pour terminer que les réflexions menées peuvent en principe s'appliquer également à l'accréditation des programmes.

IV. Conséquences juridiques d'une accréditation

87. Si des institutions étrangères et/ou privées sont ou ont été accréditées en vertu de la LEHE, la question se pose de savoir quelles conséquences juridiques en découlent, que ce soit en termes de droits pour ces institutions et/ou en termes d'obligations pour d'autres institutions de l'espace suisse des hautes écoles. En l'occurrence, il s'agit surtout du droit à l'appellation, de l'attribution du titre, de la protection du titre (pt 1 ci-après), de la question de la participation au sein des organes de l'espace suisse des hautes écoles et du caractère obligatoire de leurs décisions (pt 2). Il convient d'indiquer quelques conséquences juridiques supplémentaires (pt 3).

1. Droit à l'appellation, attribution du titre et protection du titre

88. L'accréditation institutionnelle constitue une condition du **droit à l'appellation** (art. 29 et 62, al. 1 LEHE). Ainsi, les institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sont en droit, si elles sont accréditées, de mentionner dans leur nom l'appellation « université », « haute école spécialisée », « haute école pédagogique » ou une appellation qui en dérive¹¹².

¹¹² Cf. paragr. 42, 64 ci-dessus.

89. Le droit à l'appellation implique en principe le droit d'attribuer le **titre du type de haute école correspondant** (non protégé par ailleurs)¹¹³. Les dispositions légales n'explicitent certes pas ce droit, mais il découle de l'esprit et du but de l'accréditation institutionnelle. Si cette dernière implique que les conditions de l'art. 30, al. 1, LEHE et les concrétisations correspondantes des directives relatives à l'accréditation sont remplies, c'est-à-dire que l'institution visée répond à un standard de qualité élevé, il en découle que les titres correspondants peuvent lui être attribués. Par conséquent, ces titres doivent en principe être **reconnus** en Suisse, une reconnaissance qui signifie toutefois que les institutions privées et étrangères concernées sont liées par les décisions correspondantes des organes communs¹¹⁴.

90. La **protection des titres** des diplômés d'institutions soumises à la LEHE est régie par l'art. 62, al. 2, LEHE conformément aux bases juridiques des institutions correspondantes du domaine des hautes écoles. De ce fait, contrairement aux réflexions initiales en vue d'une loi-cadre sur les hautes écoles, la LEHE n'introduit **pas d'uniformisation de la protection des titres** en Suisse. Tout au contraire, la suppression de la disposition de droit fédéral visant la protection des titres des hautes écoles spécialisées (art. 22 LHES)¹¹⁵ constitue plutôt un retour à la compétence des cantons¹¹⁶.

91. De manière générale, dans certaines circonstances, le droit fédéral permet de sanctionner le port d'un titre faux comme pratique concurrentielle déloyale en vertu de l'art. 3 en relation avec l'art. 23 LCD¹¹⁷, comme acte frauduleux (art. 146 CP)¹¹⁸ ou comme atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui (art. 151 CP). Le droit fédéral contient des interdictions spécifiques dans la loi sur les EPF¹¹⁹, selon laquelle porter un titre décerné par une EPF ou le titre d'enseignant d'une EPF de manière illégitime est passible de sanction (art. 38 loi sur les EPF). De plus, une série de cantons connaissent des dispositions pénales correspondantes s'agissant du port de titres non autorisé, encore que l'on puisse qualifier la situation juridique d'hétérogène à cet égard. Certains cantons connaissent une protection complète des titres, tandis que d'autres ne protègent que les titres de certains types de haute école ou ceux de certaines hautes écoles individuelles et que la majorité des cantons ne prévoit en définitive aucune protection des titres (sur le plan du droit pénal).

92. La référence aux « dispositions applicables », à l'art. 62, al. 2, LEHE, implique par conséquent que **les titres décernés par des institutions privées ou étrangères du domaine des hautes écoles ne sont pas spécifiquement protégés**, même si ces institutions sont accréditées. Toujours est-il que les **normes générales** du droit fédéral (en particulier celles de la LCD et du CP) et – sous réserve que des dispositions de protection correspondantes soient prévues – celles du droit pénal cantonal s'appliquent aussi aux titres décernés par les institutions privées ou étrangères.

Pendant, il semble qu'il serait généralement souhaitable à l'avenir (ou la réflexion mériterait à tout le moins d'être menée) de prévoir, dans les bases légales cantonales ou fédérales, des dispositions générales visant à protéger les titres décernés par les institutions du domaine des hautes écoles qui bénéficient du droit à l'appellation prévu par la LEHE. Ainsi, les titres de hautes écoles privées et éventuellement étrangères seraient au bénéfice d'une protection complète.

2. Participation aux travaux des organes communs et subordination à leurs décisions

93. Si une institution étrangère ou privée est accréditée au sens de la LEHE (que ce soit au terme de la procédure d'accréditation complète prévue dans la LEHE et dans les dispositions d'exécution ou suite à la reconnaissance d'une accréditation étrangère), il faut admettre qu'elle doit être considérée, respectivement qu'elle est considérée comme faisant fondamentalement partie de l'espace suisse des hautes écoles. Deux questions se trouvent ainsi posées : celle de sa **participation au sein des organes communs** (a) et celle de sa **subordination** aux décisions prises par les organes communs, en application de la LEHE et de ses dispositions d'exécution, alors même qu'il s'agit d'une institution privée ou étrangère accréditée (b).

¹¹³ Le droit actuel prévoit d'autres dispositions, sur les plans fédéral et cantonal, quant à l'attribution proprement dite de titres (cf. Rapport sur les titres de bachelors et de masters, *passim*).

¹¹⁴ Cf. paragr. 96 ss ci-dessous.

¹¹⁵ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les hautes écoles spécialisées (RS 414.71).

¹¹⁶ Cf. toutefois l'art. 78 LEHE visant la protection des titres de hautes écoles spécialisées obtenus sous l'ancien droit, les travaux en cours en rapport avec la motion Bischofberger (11.3921) et en particulier ceux concernant le postulat CSEC-N (12.3019), qui demande au Conseil fédéral un rapport concernant la création des bases légales permettant de garantir que la Confédération protège les titres auxquels conduisent les filières de formation et de formation continue des hautes écoles spécialisées.

¹¹⁷ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241).

¹¹⁸ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311).

¹¹⁹ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (RS 414.110).

a. Participation au sein des organes communs

94. S'agissant de la participation des institutions privées ou étrangères (accréditées) du domaine des hautes écoles au sein des organes communs, il convient de distinguer les différents organes considérés.

- Dans la mesure où la **Conférence des recteurs des hautes écoles suisses** est concernée, l'art. 19, al. 2, 3^e phrase, LEHE prévoit que le règlement d'organisation de la Conférence des recteurs régit notamment la participation des recteurs et présidents des **hautes écoles privées accréditées** conformément à la LEHE. Cette disposition permet de déduire que la loi suppose une telle participation. Selon nous, elle doit s'appliquer par analogie aux institutions étrangères accréditées, puisque les **hautes écoles étrangères** sont en principe assimilées aux hautes écoles privées dans le cadre de la LEHE¹²⁰. En revanche, la loi ne contient aucune disposition quant au statut précis des hautes écoles privées et étrangères accréditées au sein de la Conférence des recteurs (par ex. s'agissant de la portée précise de leur participation ou du droit de vote). On admettra par conséquent que la marge de manœuvre est large en l'occurrence.

Il apparaît cependant adéquat, au moment de concevoir concrètement la participation dans le cadre du règlement d'organisation, de ménager en tout cas aux représentants des hautes écoles privées (et étrangères) des droits de participation et de vote dans la mesure où leurs intérêts sont directement concernés par les décisions visées. Tel devrait être notamment le cas du soutien à la coopération et à la coordination entre les hautes écoles (art. 2, al. 2, let. c, ch. 2, Convention de coopération), de la participation à la préparation des affaires de la Conférence des hautes écoles (art. 6, al. 1, Convention de coopération), du droit de faire des propositions à la Conférence des hautes écoles (art. 6, al. 2, Convention de coopération) et de la participation à la préparation des traités internationaux (art. 66, al. 3, LEHE). En revanche, les hautes écoles privées ne sont touchées qu'indirectement par les décisions qui ont pour objet la répartition des tâches dans des domaines particulièrement onéreux (art. 38, al. 1, LEHE), les recommandations relatives à la planification pluriannuelle en matière de financement et de développement (art. 37, al. 2, LEHE) et le cadre financier (art. 43 LEHE).

- Fondamentalement, aucune base légale n'existe pour la participation des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles au sein de la **Conférence suisse des hautes écoles**. Toujours est-il qu'une participation indirecte est possible dans certaines constellations, sous forme de fonction de conseil, par le biais de la participation à la Conférence des recteurs (art. 13, let. d, et év. art. 38 et 43 LEHE ; art. 6, al. 1 et 2, Convention de coopération).
- Quant à la participation des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles au sein du **Conseil suisse d'accréditation**, il devrait être possible, compte tenu de l'importance des hautes écoles en Suisse, d'intégrer des représentants des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles au sein du Conseil d'accréditation en tant que membres indépendants, de manière notamment à ce qu'un spectre aussi large que possible d'intérêts et de perspectives du domaine suisse des hautes écoles soit représenté au sein de cet organe. Mais un tel droit ne découle pas des bases légales.

95. Par ailleurs, aucune base légale ne prévoit la participation des institutions privées et étrangères accréditées du domaine des hautes écoles aux **coûts des organes communs**, qui sont en principe à la charge de la Confédération et des cantons conformément à l'art. 8 du concordat sur les hautes écoles, à l'art. 8 de la Convention de coopération et à l'art. 9 LEHE. Cependant, une participation aux coûts du Conseil d'accréditation et du service d'accréditation est possible par le truchement des émoluments visés à l'art. 35 LEHE.

b. Subordination aux décisions des organes communs

96. S'agissant de la **subordination des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles aux décisions des organes communs**, il faut tout d'abord noter que le chapitre 3 « Organes communs » de la LEHE ne s'applique pas en principe à ces institutions, conformément à l'art. 2, al. 4, LEHE, à l'exception de l'art. 19, al. 2, LEHE.

97. Pourtant, on ne saurait en déduire que les décisions des organes communs n'ont généralement pas d'effet contraignant pour les institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles. En effet, selon ce qui précède, les

¹²⁰ Cf. paragr. 66 ss ci-dessus.

dispositions légales postulent que **les institutions privées et étrangères accréditées doivent être considérées comme faisant partie de l'espace suisse des hautes écoles**, même si elles remplissent un rôle différent et qu'elles ne sont pas entièrement soumises à la LEHE. Il en découle que certaines décisions des organes communs doivent revêtir un caractère contraignant pour ces institutions également. Sinon, elles risqueraient d'éluider des dispositions essentielles pour l'espace suisse des hautes écoles. Inversement, les institutions privées et étrangères ne sauraient être liées par toutes les décisions des organes communs, puisque nombre d'aspects ne sont d'emblée pas pertinents pour elles et qu'aucune base n'apparaît justifier qu'elles y soient obligatoirement subordonnées.

98. Quant à savoir quels critères déterminent si les institutions privées et étrangères accréditées sont ou non obligatoirement subordonnées elles aussi aux décisions des organes communs, il apparaît judicieux de se référer à leur participation, d'une part, et à leur relation aux domaines réglementés par la LEHE, qui s'appliquent aussi à ces institutions, d'autre part. Les distinctions suivantes s'imposent par conséquent.

- L'art. 19, al. 2, LEHE confère un droit de participation dans la **Conférence des recteurs** aux institutions privées (et étrangères) du domaine des hautes écoles. On peut assurément en déduire que les institutions (potentiellement) autorisées à participer sont également soumises en principe aux décisions prises par cet organisme.
- Les institutions privées et étrangères accréditées sont soumises, autant qu'il apparaisse, aux décisions de la **Conférence suisse des hautes écoles** dans la mesure seulement où sont concernés les domaines applicables à ces institutions en vertu de la LEHE. Il s'agit notamment des domaines « assurance de la qualité et accréditation », « protection des appellations et des titres, sanctions et voies de droit » et des secteurs auxquels ces dispositions renvoient. Par exemple, les décisions du Conseil des hautes écoles sur la durée de l'accréditation (art. 34 LEHE) ou les décisions sur l'accès aux études (art. 12, al. 3, let. a, ch. 1, en relation avec l'art. 30, al. 1, let. a, ch. 2, en relation avec l'art. 23 LEHE). Il devrait en aller de même pour les décisions relatives à l'appellation et à l'attribution de titres, puisqu'un lien objectif les associe au droit à l'appellation et à la protection des titres (en particulier art. 29, 62 LEHE) ou pour les décisions du Conseil des hautes écoles s'agissant d'uniformiser la validation des acquis, puisque l'accès aux hautes écoles spécialisées s'en trouve affecté (art. 12, al. 3, let. a, ch. 3, en relation avec art. 25, al. 2, LEHE). Par contre, les décisions de la Conférence des hautes écoles visant la fixation des conditions financières cadre (art. 11, al. 2, let. a, LEHE), par exemple, ne devraient pas être contraignantes pour ces institutions (mais elles ne sont pas non plus directement pertinentes).
- Enfin, les décisions du **Conseil suisse d'accréditation** et de l'Agence suisse d'accréditation concernent généralement le secteur « assurance de la qualité et accréditation ». Elles sont donc également contraignantes pour les institutions privées et étrangères accréditées qui en relèvent et auxquelles la loi s'applique.

3. Autres conséquences juridiques

99. Fondamentalement, l'accréditation institutionnelle est une condition nécessaire, mais non suffisante, de l'**obtention de contributions fédérales** (art. 28, al. 2, let. b, et art. 45, al. 1, let. a, et al. 2, let. a, LEHE). Par conséquent, l'accréditation ne confère aux établissements d'enseignement supérieur privés et étrangers aucun droit aux contributions fédérales¹²¹ : outre l'accréditation, il faut à cet effet qu'ils offrent un enseignement public et représentent un complément, une extension ou un choix alternatif pertinents par rapport aux institutions en place (hautes écoles, art. 45, al. 1 LEHE) ou qu'ils assument une tâche présentant un intérêt dans le système des hautes écoles (autres institutions du domaine des hautes écoles, art. 45, al. 2, LEHE). Comme ces conditions peuvent être fondamentalement remplies également par des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles, la question se pose de savoir si la LEHE constitue une base légale suffisante à l'octroi de contributions fédérales à de telles institutions. En principe, le fait que le domaine d'application de la loi ne s'étend justement pas au chapitre 8 (Contributions fédérales), s'agissant des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles, indique que celles-ci ne sont pas en droit de revendiquer des contributions. Les éléments disponibles permettent de conclure que la renonciation à appliquer les dispositions correspondantes avait au fond pour but d'exclure le droit aux contributions fédérales¹²². Il convient assurément de le respecter,

¹²¹ Message LEHE, FF 2009 4067, ici p. 4116 et 4181.

¹²² Cf. Rapport explicatif LEHE, p. 14 et Message LEHE, FF 2009 4067, 4138 : le champ d'application de la loi étant limité pour les institutions privées, il est aussi clairement indiqué que le fait d'être soumises aux dispositions sur l'assurance de la qualité et l'accréditation institutionnelle ne donnent pas aux hautes écoles privées le droit à l'obtention de contributions.

puisque la LEHE ne fournit pas de base légale suffisante à l'octroi de contributions fédérales permanentes ou institutionnalisées aux hautes écoles portées par des collectivités privées ou étrangères. En revanche, il n'apparaît pas tout à fait exclu de se fonder sur la légitimité de contributions inhérente à l'accréditation, au sens de l'art. 28, al. 2, let. b, LEHE, en relation avec les art. 45 ss LEHE, pour octroyer des contributions ponctuelles à des institutions privées ou étrangères (les institutions privées et étrangères n'étant toutefois aucunement en mesure d'invoquer un tel droit). En outre, les cantons peuvent évidemment librement décider, pour les institutions visées, de lier l'octroi de contributions cantonales à une accréditation au sens de la LEHE.

100. Au demeurant, l'accréditation d'institution constitue une condition de l'obtention d'une **accréditation de programmes** (art. 28, al. 2, LEHE). Cette option est également ouverte aux institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles, pour lesquelles elle pourrait même s'avérer particulièrement attrayante, puisqu'elle leur donne la possibilité d'obtenir la reconnaissance d'une haute qualité d'enseignement et de la durabilité du programme d'études considéré (qui constituent les conditions d'obtention de l'accréditation des programmes, conformément à l'art. 31, let. a et b, LEHE) et de renforcer ainsi la réputation et l'attractivité de l'offre d'études correspondante.

§ 4. Conclusion

101. Fondamentalement, nous pouvons conclure que le statut des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles ne se trouve réglementé de manière complète ni dans les dispositions constitutionnelles en matière de formation ni dans les dispositions d'exécution du concordat sur les hautes écoles, de la Convention de coopération et de la LEHE. Cependant, les bases du cadre réglementaire nouvellement créé (notamment les principes de différenciation, d'égalité de traitement, d'autonomie des hautes écoles et de concurrence, les objectifs de coordination et d'assurance de la qualité et les obligations afférentes relevant des droits fondamentaux et du droit international) constituent des règles assez étendues concernant le traitement visant ces institutions. Il apparaît fondamentalement souhaitable, pour mettre ces dispositions en œuvre, de créer à présent, **au niveau de l'ordonnance** et dans le cadre des **directives d'accréditation** que le Conseil des hautes écoles doit édicter, des réglementations complémentaires détaillées sur le statut des institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles.

102. En ce qui concerne la **nécessité d'une accréditation institutionnelle** au sens de l'art. 28, al. 2, LEHE, la présente étude a montré que les hautes écoles privées aussi bien qu'étrangères (publiques) sont fondamentalement régies par les dispositions de la LEHE et qu'elles sont à ce titre couvertes par le nouvel ordre juridique visant les hautes écoles. Les institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles requièrent une accréditation dans le cadre juridique créé si elles entendent faire usage du droit à l'appellation visé à l'art. 29 LEHE (« université », « haute école spécialisée » ou « haute école pédagogique ») et que soit elles sont domiciliées en Suisse, soit elles sont porteuses d'une appellation présentant un lien avec la Suisse, soit d'autres éléments comme les contenus de messages publicitaires, l'implantation de certains locaux ou l'utilisation du domaine top-level « .ch » indiquent un lien avec la Suisse.

103. Une **conséquence juridique de l'accréditation** réside dans le droit, inhérent au droit à l'appellation, de décerner des titres (susceptibles d'être reconnus) et dans la protection des titres, même si les titres d'institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles ne sont compris que sous l'angle des dispositions de protection générales, et qu'on ne trouve pas aux niveaux de la Confédération ou des cantons une protection spécifique des titres de ces institutions (telle que la protection des titres décernés par les EPF, qui est ancrée dans le droit fédéral). De plus, l'art. 19, al. 2, LEHE prévoit que les institutions privées accréditées du domaine des hautes écoles, outre les institutions publiques de ce domaine, siègent au sein de la Conférence des recteurs des hautes écoles suisses. Cette disposition doit également s'appliquer en général aux institutions étrangères accréditées du domaine des hautes écoles. Il doit être aussi possible d'intégrer leurs représentants dans le Conseil suisse d'accréditation. **Les institutions privées et étrangères du domaine des hautes écoles sont liées par les actes législatifs et les décisions des organismes communs** dans la mesure où ces institutions sont soumises au cadre réglementaire des hautes écoles en vertu de l'art. 2, al. 4, LEHE. Par conséquent, les dispositions de ces organismes communs sont en particulier contraignantes en ce qui concerne les domaines « assurance de la qualité et accréditation » de même que « protection des appellations et des titres, sanctions et voies de droit », c'est-à-dire les domaines réglementaires immédiatement applicables pour les institutions citées. Il se trouve en outre des actes législatifs et des décisions, par exemple relatifs à l'octroi et à la dénomination de titres ou à l'accès aux études, qui s'appliquent aux institutions privées et étrangères. Mais les institutions visées ne sauraient en aucun cas se prévaloir de leur accréditation pour prétendre obtenir des contributions fédérales, bien qu'il n'apparaisse pas totalement exclu que des contributions puissent être ponctuellement octroyées en vertu des bases légales actuellement constituées par la LEHE.

104. S'agissant de la **reconnaissance des accréditations étrangères** par les organes communs, il apparaît que si la reconnaissance n'est pas explicitement prévue dans le nouveau cadre juridique, elle découle néanmoins de l'orientation générale et du but des réglementations, qui visent notamment à faciliter la reconnaissance réciproque des institutions et des acquis (un but que poursuivent aussi les standards européens dans ce domaine). Sous l'angle de la base légale de la reconnaissance des accréditations étrangères, le cadre juridique créé apparaît suffisant, puisque la reconnaissance constitue en définitive une sous-catégorie de l'accréditation. Il s'agit, dans les directives relatives à l'accréditation, de réglementer en détail la procédure (selon les dispositions légales de l'art. 32 LEHE), les conditions matérielles applicables et la procédure d'examen.

105. S'agissant de la possibilité de prévoir des **reconnaisances cantonales**, outre la procédure d'accréditation à créer au sens de la LEHE, il faut distinguer la reconnaissance des institutions soumises à l'obligation d'accréditation et celles qui ne souhaitent pas bénéficier du droit à l'appellation visé à l'art. 29 LEHE. Pour les institutions de la première catégorie, la réglementation nouvellement créée ne permet pas de dispositions ni de mécanismes d'autorisation cantonaux, car ce serait contrecarrer l'objectif visé de coordonner et de garantir des standards uniformes. En revanche,

les cantons peuvent soumettre les autres institutions du domaine des hautes écoles à une autorisation obligatoire, pour autant que ces institutions ne soient pas réglementées dans le cadre de la politique des hautes écoles menée conjointement par la Confédération et les cantons, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas soumises à la LEHE.

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité AUBERT/MAHON, Petit commentaire).
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité BELSER/WALDMANN, Grundrechte II).
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007 (cité BIAGGINI, Kommentar BV)
- COTTIER THOMAS/BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/KENNETT MAXINE, Liberalisation of Higher Education Services in Switzerland: The Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS), dans : Office fédéral de l'éducation et de la science (éd.), Die Auswirkungen des GATS auf das Bildungssystem der Schweiz, Publications OFES 2003, Berne 2003 (cité COTTIER ET AL., Liberalisation of Higher Education).
- EHRENZELLER BERNHARD, Hochschulautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Hochschulwesen, dans : Stefan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (éd.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich/Saint-Gall 2007 (cité EHRENZELLER, Hochschulautonomie).
- EHRENZELLER BERNHARD, Hochschulraum Schweiz : Qualität, Wettbewerb und Koordination im Widerstreit ?, dans : Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz : Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zurich/Saint-Gall 2007 (cité EHRENZELLER, Hochschulraum)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2^e édition, Zurich/Bâle/Genève/Saint-Gall 2008 (cité NOM DE L'AUTEUR, dans : EHRENZELLER ET AL., Commentaire saint-gallois).
- EHRENZELLER BERNHARD/REISNER ANNEGRET, Die Konstitutionalisierung von „Bologna“ : Sonderfall oder Modell der Weiterentwicklung des kooperativen Föderalismus ?, RDS 2008, p. 229 ss (cité EHRENZELLER/REISNER, Bologna).
- EPINEY, ASTRID, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, dans : Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (éd.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE. Interprétation et application dans la pratique, Zurich 2011, 81 ss (cité EPINEY, dans : Personenfreizügigkeitsabkommen).
- EPINEY, ASTRID/METZ, BEATE/PIRKER, BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zurich 2012 (cité EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz).
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e édition, Zurich 2012 (cité HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht).
- HÖRDEGEN STEPHAN, Grundziele und –werte der „neuen“ Bildungsverfassung, ZBl 2007, p. 113 ss (cité HÖRDEGEN, Grundziele).
- JAAG TOBIAS/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7^e édition, Bâle 2009 (cité JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht).
- Kälin, Walter/Epiney, Astrid/Caroni, Martina/Künzli, Jörg, Völkerrecht. Eine Einführung, 3^e édition, Berne 2010 (cité Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, Völkerrecht).
- KRAJEWSKI, MARKUS, Wirtschaftsvölkerrecht, 3^e édition, Heidelberg 2012 (cité KRAJEWSKI, Wirtschaftsvölkerrecht)
- MAUSE KARSTEN, Konsumentenschutz im Hochschulbereich, Diss. Marburg, Berlin 2007 (cité MAUSE, Konsumentenschutz).
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte. 4^e édition, Berne 2008 (cité MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte).
- REIMOLD TOBIAS, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, Tübingen 2010 (cité REIMOLD, GATS).
- RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e édition, Bâle 2009 (cité RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht).
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^e édition, Bâle 2011 (cité RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht).

- SCHWANDER VERENA, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit : Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit in der Schweiz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZBl 2006, p. 285 ss (cité SCHWANDER, Wissenschaftsfreiheit).
- TOBLER, CHRISTA/MARITZ, DANIEL, Zur Bilateralen Dienstleistungsfreiheit, dans : Astrid Epiney/Nina Gammethaler (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) / Annuaire Suisse de droit européen 2008/2009, Berne/Zurich 2009, p. 335 ss (cité TOBLER/MARITZ, SJER 2008/2009).
- TSCHANNEN, PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e édition, Berne 2011 (cité TSCHANNEN, Staatsrecht).
- VOTH VOLKER JOHANNES, Akkreditierung im Hochschulsektor vor den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit, Diss. Hamburg 2011 (cité VOTH, Akkreditierung).

Documents de référence

- Conférence des recteurs des universités suisses/Conférence des recteurs des hautes écoles spécialisées/Conférence suisse des hautes écoles pédagogiques, Autonomie des hautes écoles : Les six thèses des trois conférences des recteurs/trices, Berne, avril 2005, téléchargeable à l'adresse www.cshes.ch/uploads/doku/doku/Autonomie-Theses%20CRUS-KFH-SKPH.pdf?CFID=36178564&CFTOKEN=78810971 (consultée le 13.1.2014) (cité Autonomie des hautes écoles : Les six thèses des trois conférences des recteurs/trices)
- Département fédéral de l'économie, Rapport en réponse au postulat 05.3716 «Ordonnance sur les titres attribués par les hautes écoles spécialisées» : Titres bachelor et master et dénominations professionnelles (cité Rapport sur les titres de bachelor et de master)
- Département fédéral de l'intérieur/Département fédéral de l'économie, Rapport explicatif et commentaire du 12 septembre 2007 relatifs à l'avant-projet de loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (cité Rapport explicatif LEHE)
- Département fédéral de l'intérieur/Département fédéral de l'économie, Loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (LAHE). Rapport du 30 mai 2008 rendant compte des résultats de la consultation (cité Rapport sur les résultats de la consultation LEHE)
- European Association for Quality Assurance in Higher Education (éd.), Report on Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area European Association for Quality Assurance in Higher Education, 3^e édition, Helsinki 2009 (cité Rapport ENQA concernant les normes et lignes directrices sur la garantie de la qualité)
- Initiative parlementaire. Article constitutionnel sur l'éducation. Rapport du 23 juin 2005 de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, FF 2005 5159 (cité Rapport CSEC-CN Article constitutionnel sur l'éducation, FF 2005 5159)
- Joint Declaration of the European Ministers of Education : Bologna Declaration du 19 juin 1999, consultable à l'adresse www.ehea.info/Uploads/Declarations/BOLOGNA_DECLARATION1.pdf (consultée le 13.1.2014) (cité Déclaration de Bologne)
- Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 (cité Message Cst., FF 1997 I 1)
- Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193 (cité Message LMI, FF 1995 I 1193)
- Message du 29 mai 2009 relatif à la loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles, FF 2009 4067 (cité Message LEHE, FF 2009 4067)
- Rapport du 2 décembre 2005 du Conseil fédéral sur les négociations à l'OMC/AGCS et les dérogations dans le domaine des services publics et du système de subvention. Réponse au postulat 03.3456 de la Commission de politique extérieure du Conseil national du 14 août 2003 «Négociations de l'OMC. Dérogations dans le secteur des services publics et aides publiques» (cité Rapport du Conseil fédéral sur les négociations à l'OMC/AGCS)

Liste des abréviations

aCst.	ancienne Constitution
ADPIC/TRIPS	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGCS/GATS	Accord général sur le commerce des services
al.	alinéa
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes)
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGG	Bundesgerichtsgesetz (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, LTF)
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
cf.	confer
ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (jusqu'au 1.12.2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis le 1.12.2009)
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPC	Central Product Classification System (classification provisoire de l'ONU de 1991)
CSEC-N	Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
ECA	European Consortium for Accreditation in Higher Education
éd.	éditeur(s), éditrice(s)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, CEDH)
ENQA	European Association for Quality Assurance in Higher Education
EPF	écoles polytechniques fédérales
et al.	et alii (et d'autres)
év.	éventuellement
FF	Feuille fédérale
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
HEP	hautes écoles pédagogiques
HES	hautes écoles spécialisées
HSG	Université de Saint-Gall
IATA	International Air Transport Association
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LAHE	loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (avant-projet du Conseil fédéral ; renommé LEHE lors de l'adoption par les Chambres fédérales)
LCD	loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale
LEHE	loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles)

let.	lettre
LHES	loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les hautes écoles spécialisées
LMI	loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur
LPA	loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux
LPMA	loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée
OFES	Office fédéral de l'éducation et de la science
OMC	Organisation mondiale du commerce
p.	page
par ex.	par exemple
paragr.	paragraphe
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant, et suivante
SEFRI	Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation
SJER	Annuaire suisse de droit européen (Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht)
ss	et suivants, et suivantes
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

