Guide de législation

Guide pour l'élaboration de la législation fédérale

2025

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

Impressum

Editeurs
Office fédéral de la justice, CH-3003 Berne

Contact
Office fédéral de la justice,
Unité Projets et méthode législatifs, Bundesrain 20, 3003 Berne,
Tel. 058 462 41 37, E-Mail: info@bj.admin.ch

Version électronique
www.bj.admin.ch > Etat & Citoyen > Législatique > Instruments de législatique

5ème édition, entièrement révisée et complétée 2025

Préface

de la 5ème édition mise à jour (2025)

L'édition précédente du guide de législation datant de 2019, elle nécessitait une actualisation. Début 2024, outre une nouvelle version du chapitre 14 (Protection des données), une première série de modifications ont été apportées à certaines parties du guide, notamment aux chapitres 2 (Loi), 12 (Légalité, délégation des compétences législatives et renvois) et 17 (Champ d'application temporel). Jusqu'à cette cinquième édition, les parties modifiées de l'édition de 2019 apparaissaient sur fond orange.

En 2024, l'ensemble du guide a fait l'objet d'une mise à jour, à l'exception des chapitres 6 (Droit international) et 11 (Compatibilité avec le droit international). Cette cinquième édition 2025 du guide remplace donc entièrement l'édition 2019. Le développement de la pratique a été intégré dans de nombreuses parties. Nous avons veillé à introduire autant que possible des exemples récents.

La version électronique du guide présentant de nombreux avantages (liens vers les textes réglementaires, renvois, possibilités de recherches, etc.) et étant nettement plus utilisée que la version imprimée, cette 5ème édition n'est disponible qu'en version électronique. La question de l'opportunité de réaliser une version imprimée sera examinée ultérieurement, notamment en fonction des réactions des utilisateurs.

Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration de cette nouvelle édition et espère que son utilisation s'avérera efficace en pratique. Des indications relatives à d'éventuelles erreurs ou des propositions d'amélioration sont toujours les bienvenues.

Susanne Kuster
Directrice suppléante
et Cheffe du Domaine de direction droit public
Office fédéral de la justice

Table des matières

Remarques introductives **15**

But du guide de législation 15
Structure du guide de législation 15

Abréviations utilisées **16**

1ère partie : Procédure législative, méthodologie et gestion de projet **21**

1 La procédure législative en quelques mots **21**

Acteurs principaux 21
Aspects primordiaux du travail législatif 21
Processus de décision au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral 21
Consultation des offices et procédure de co-rapport *21*
Étapes *23*
Publication des actes normatifs 26
Organes de publication *26*
Préparation des textes destinés à la publication (procédure CPO) *27*
Bases légales *28*
Information et communication 28
Compétence *28*
Politique d'information transparente *28*
Information active du public *28*
Information passive du public *29*

2 Loi 30

Introduction 30
Tableau synoptique de la procédure législative 31
Impulsion et planification 32
Phase de conception, avant-projet et rapport explicatif 33
Procédure de consultation, message 34
Délibérations parlementaires, référendum 35
Mise en œuvre 36
Impulsion législative et planification 37
Impulsion et mandat *37*
Planifier un projet législatif *40*
Phase de conception 46
Préparation des travaux et collecte des informations nécessaires *46*
Définir le problème *50*
Fixer les objectifs *53*
Définir le cadre normatif *55*
Rechercher des solutions *57*
Évaluer les solutions et procéder à leur sélection *59*
Élaborer une esquisse d'acte normatif *62*
Avant-projet et rapport explicatif 64
Rédiger l'avant-projet *64*

Évaluer les effets probables de l'avant-projet *65*
Rédiger le rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet *68*
Procédure de consultation 69
Généralités *69*
Étapes et options *70*
Message et projet de loi 77
Généralités *77*
Étapes *78*
Cas particuliers *80*
Phase parlementaire 81
Généralités *81*
Étapes *83*
Phase postparlementaire 86
Référendum *86*
Édicter les dispositions d'exécution, créer les structures nécessaires *87*
Mettre en vigueur les actes législatifs et les publier *90*
Clore le projet législatif *93*
Mettre en œuvre l'acte législatif *93*
Évaluer rétrospectivement l'acte législatif *93*

3 Initiative parlementaire 94
Introduction 94
Définition *94*
Fonction *94*
Bases légales *94*
Information du public *94*
Participation de l'administration fédérale 94
Procédure 95
Traitement en deux phases *95*
Examen préalable *95*
Élaboration de l'avant-projet d'acte législatif et du rapport explicatif *97*
Consultation *98*
Projet et rapport définitifs de la commission *99*
Avis du Conseil fédéral *100*
Phases parlementaire et postparlementaire *100*

4 Ordonnance 102
Introduction 102
Impulsion législative et planification 102
Impulsion et mandat *102*
Planification *103*
Phase de conception 104
Introduction *104*
Se procurer les informations nécessaires *105*
Étudier les bases légales *105*
Déterminer l'autorité compétente *105*
Projet d'ordonnance et rapport explicatif 107
Rédiger le projet d'ordonnance *107*
Assurer une densité normative adéquate *107*
Informer sur la date probable d'entrée en vigueur de l'ordonnance *107*

Évaluation des effets *107*
Rédiger le rapport explicatif *108*
Faire contrôler la traduction *108*
Peut-on directement passer à la phase de décision ou doit-on encore faire une consultation ou consulter le Parlement ? *109*
Procédure de consultation et consultation du Parlement 109
Faut-il procéder à une consultation ? *109*
Faut-il consulter le Parlement *109*
Planifier la consultation du Parlement après la consultation externe *109*
Ouvrir la consultation des offices *110*
Décider d'ouvrir une procédure de consultation *110*
Informer le public *111*
Établir un rapport sur les résultats de la consultation *111*
Tirer les conséquences du résultat de la consultation *111*
Soumettre le rapport sur les résultats de la consultation *111*
Approbation 111
Consultation des offices *111*
Procédure de co-rapport *112*
Décision formelle *112*
Information active et passive *112*
Mise en œuvre *113*
Évaluation rétrospective *113*

5 Révision de la Constitution 114

Déclenchement et formes de la révision constitutionnelle 114
Déclenchement *114*
Révision totale ou révision partielle *114*
Particularités de la révision constitutionnelle 114
Aperçu *114*
Explications du Conseil fédéral *115*
Référendum et entrée en vigueur *115*
Lois et ordonnances de mise en œuvre *115*
Étapes 116
Projet des autorités *116*
Initiative populaire *116*

6 Droit international 122

Remarque préliminaire 122
Notion de traité international 122
Compétences 122
Droit international secondaire ou dérivé 123
Consultation 123
Traités devant faire l'objet d'une consultation *123*
Traités ne devant pas faire l'objet d'une consultation *124*
Moment de l'ouverture de la procédure de consultation *124*
Ouverture des négociations et composition de la délégation chargée des négociations 124
Compétences *124*
Composition de la délégation *125*

Fin des négociations 125
Paraphe *125*
Signature simple *125*
Approbation nationale 126
Traités approuvés par l'Assemblée fédérale *126*
Traités conclus par le Conseil fédéral sur la base d'une délégation *126*
Compétence du Conseil fédéral pour conclure des traités de portée mineure *127*
Délégation de la compétence en matière de conclusion des traités *128*
Approbation anticipée d'un traité *128*
Compte rendu annuel à l'Assemblée fédérale *129*
Application provisoire d'un traité *129*
Compétence de conclure des instruments non contraignants *129*
Référendum en matière de traités internationaux 130
Aperçu *130*
Référendum facultatif *130*
Traités d'une durée indéterminée et non dénonçables *130*
Traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale *131*
Traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales *132*
Référendum obligatoire *135*
Organisations de sécurité collective *135*
Communautés supranationales *135*
Référendum obligatoire extraordinaire *136*
Ratification ou signature définitive 136
Ratification *136*
Signature définitive *136*
Entrée en vigueur 136
Mise en œuvre 137
Compétences *137*
Mise en œuvre par les cantons *137*
Mise en œuvre par la Confédération *137*

2ème partie : Formes et structuration des actes législatifs 139

7 Formes des actes législatifs 139
Introduction 139
Règle de droit 140
Notion *140*
Distinction entre règle de droit et décision *140*
Distinction entre ordonnance législative et ordonnance administrative *141*
Les formes d'actes normatif 143
Aperçu *143*
Constitution fédérale *143*
Loi fédérale et ordonnance de l'Assemblée fédérale *143*
Arrêté fédéral *145*

Ordonnance du Conseil fédéral et des unités subordonnées, ordonnance des Tribunaux fédéraux *146*
Forme de l'acte et référendum 148

8 Structuration de l'acte législatif 149

Délimitation de la matière normative 149
Aperçu *149*
Principes *149*
Interaction étroite entre la formulation et la structuration de l'acte 154
Importance de la structure 154
Systématique 155
Critères de structuration 155
Aperçu *155*
Critères de technique législative *156*
Critères matériels *156*
Principes généraux de structuration *156*
Choix de la structure *158*
Clarté dans les subdivisions *159*
Annexes aux actes législatifs 160
Aperçu *160*
Modifications *162*
Publication *162*

3ème partie : Aspects juridiques 163

9 Partage des compétences entre la Confédération et les cantons 163

Introduction 163
L'ordre de compétences de l'État fédéral 163
Règlementation fédérale ou cantonale ? 164
Principe de la subsidiarité *164*
Principes de la RPT *165*
Critères de l'attribution d'une tâche *165*
Autonomie organisationnelle et financière des cantons *166*
Ampleur de l'intervention *167*
Équivalence fiscale *167*
Explications dans le message *168*
Types de partage des compétences entre la Confédération et les cantons 168
Aperçu *168*
Attribution de compétences à la Confédération *168*
Rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales *168*
Portée des compétences législatives *169*
Obligation ou habilitation *170*
Marge de manœuvre des cantons 170
En général *170*
Marge de manœuvre dans les affaires étrangères *170*

10 Droits fondamentaux 172

Définition 172
Les droits fondamentaux en droit interne 172
Le catalogue des droits fondamentaux et les garanties de l'État de droit *172*
Les buts sociaux *173*
Les droits humains à l'international 173
Convention européenne des droits de l'homme *173*
Autres conventions relatives aux droits de l'homme *174*
Le rôle des droits fondamentaux dans le contrôle préventif des actes normatifs 175
Principe du contrôle préventif *175*
Restrictions *175*

11 Compatibilité avec le droit international 179
Aperçu 179
Généralités 179
Notion et champ d'application *179*
Sources *179*
« Droit mou » *180*
Les rapports entre droit interne et droit international *180*

12 Légalité, délégation des compétences législatives et renvois 184
Principe de la légalité 184
Principe *184*
Exceptions *185*
Délégation de compétences législatives 185
Principes *185*
Exigences relatives à la norme de délégation *186*
Adoption d'ordonnances *187*
Contrôle de l'activité législative déléguée *189*
Renvois 190
Aperçu *190*
Renvoi à des normes privées *192*
Renvoi au droit international, en particulier au droit de l'UE *194*
Principes applicables à l'élaboration de la législation *197*

13 Normes de procédure 199
Introduction 199
Faut-il intégrer des normes de procédure dans une loi spéciale ? 199
Proscription de nouveaux tribunaux fédéraux 200
Principe de la double instance de recours 200
Principe *200*
Cas particuliers *200*
Exclusion du recours au Tribunal fédéral 202
Instances précédant immédiatement le Tribunal fédéral 204
Recours au Tribunal administratif fédéral contre des décisions

cantonales 204
Qualité pour recourir, droit de recours 204
Définition de l'objet du recours (décisions ; décisions préjudicielles, incidentes, partielles, finales) 205
Motifs de recours 206
Délais de recours 206
Effet suspensif, mesures provisionnelles 207
Délais de traitement 208
Coordination de la procédure 208
Prescriptions de forme en droit public de la Confédération 209
En général 209
Élaboration des prescriptions de forme 210
Obligation d'utiliser un formulaire 211

14 Protection des données personnelles 213
Bases juridiques 213
Droit fondamental 213
Partage constitutionnel des compétences 213
Portée de la loi sur la protection des données (LPD) 215
Exigences relatives aux bases légales 216
Niveau et densité des normes 216
Traitement des données personnelles 217
Traitement de données sensibles, profilage ou autres atteintes graves aux droits fondamentaux de la personne concernée 217
Communication en tant que forme particulière du traitement 219
Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD) dans le cadre de la procédure législative 223

4ème partie : Les divers types d'action possibles 225

15 Instruments d'action de l'État 225
Introduction 225
Obligations et interdictions 225
Régimes d'autorisation et d'annonce 225
Régime d'autorisation 225
Régime d'annonce 226
Dispositions financières 227
Les contributions de droit public 227
Subventions 235
Dispositions pénales 238
Introduction 238
Validité des dispositions générales du CP et du DPA 239
Nécessité de dispositions pénales particulières 240
Base légale 240
Formulation des dispositions pénales 241
Moyens de contrainte administratifs 245
Les moyens de contrainte de l'exécution 245
Les moyens de contrainte répressifs 246

Dispositions régissant la responsabilité 248
Principe *248*
Responsabilité de la Confédération *248*
Responsabilité civile dans le droit des obligations *248*
Responsabilité civile professionnelle *249*
Planification 249
Aperçu *249*
Plan-programme *249*
Plan territorial *250*
Autres instruments 251
Information et incitation *251*
Instruments partenariaux *254*
Activités commerciales annexes exercées par des unités administratives et des entreprises de droit public *261*
Médiation et conciliation *262*
Statistique 263

16 Commissions extraparlementaires 266
Aperçu 266
Commissions décisionnelles 266
Commissions consultatives 267

5ème partie : Entrée en vigueur, mise en œuvre et évaluation 269

17 Champ d'application temporel 269
Entrée en vigueur 269
Bases *269*
Organe responsable *270*
Date d'entrée en vigueur *271*
Abrogation et suspension 276
Abrogation *276*
Suspension *278*
Application du droit dans le temps 279
Principes *279*
Rétroactivité *279*
Effet ex ante *280*
Modification du droit en cours de procédure *281*
Règles spéciales de conflit *281*
Réglementation transitoire matérielle *283*
Durée de validité limitée des actes et réglementations expérimentales 284
Durée de validité limitée *284*
Projets pilotes impliquant des réglementations expérimentales *284*

18 Mise en œuvre de la législation 289
Introduction 289
Aperçu *289*
Base constitutionnelle *290*

Répartition des compétences en matière de mise en œuvre 291
Organes responsables de la mise en œuvre *291*
Mise en œuvre par les cantons *291*
Mise en œuvre par la Confédération *295*
Mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons *299*
Contrats comme moyen de mise en œuvre *300*
Surveillance 303
Haute surveillance *303*
Surveillance fédérale *303*
Moyens de surveillance *304*
Tâches de la Confédération en matière de mise en œuvre 307

19 Assistance administrative 309
Objet 309
Délimitation 309
Remarques générales 309
Limites de l'assistance administrative 309
Réglementation de l'assistance administrative 309
Réglementation de l'assistance administrative internationale 310

20 Évaluation des mesures prises par l'État 312
Aperçu 312
Définition *312*
Fonctions *312*
Qui réalise les évaluations ? *312*
Assistance *312*
Bases légales et directives pertinentes *313*
Obligations générales d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales 313
Moyens juridiques spécifiques à l'observation et à l'évaluation de l'efficacité 314
Aperçu *314*
Obligation d'établir des rapports *314*
Clauses d'évaluation *315*
Réglementations expérimentales *315*
Instruments d'information 315
Aperçu *315*
Observation sur le terrain politique *315*
Monitoring (observation de la mise en œuvre des mesures), statistique *316*
Controlling *316*
Évaluations rétrospectives *317*
Comparaison des instruments d'information *318*
Acquisition des informations 319
Généralités *319*
Études de droit comparé *319*
Création de systèmes de controlling ou de monitoring *320*
Durée et coûts financiers 320
Étapes et options 321
Situation de départ *321*

Établir un concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif *321*
Assurer la collecte des données en continu et le controlling de la mise en œuvre de l'acte *322*
Au besoin, procéder à une évaluation de l'acte ou en charger un organisme externe *322*
Tirer parti des résultats du controlling et de l'évaluation et mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent *323*
Résultat *323*

Bibliographie choisie **324**
Gestion de projet 326
Méthode législative 327
Rédaction des actes normatifs 329
Relation entre droit suisse et droit international 329
Dispositions sur la procédure et l'organisation 331
Instruments d'action de l'Etat 331
Champ d'application temporel 332
Partage des compétences entre Confédération et cantons, mise en œuvre 332
Règlementations pilote 333
Assistance administrative 333
Evaluations 333

Index **335**

Remarques introductives

But du guide de législation

Le guide de législation présente les différentes phases de la procédure législative du point de vue de l'administration fédérale. Il vise à fournir aux légistes, c'est-à-dire à toutes les personnes qui prennent part à l'élaboration des actes législatifs au sein de l'administration fédérale – qu'elles soient juristes ou non – des informations utiles sur chacune de ces étapes. Il aborde également les questions matérielles qui se posent régulièrement lors de l'élaboration de normes. 1

Le guide de législation se conçoit comme un outil méthodologique. Il doit permettre aux légistes : 2

- d'utiliser judicieusement le temps mesuré dont ils disposent pour réaliser chaque étape de travail dans les délais ;
- d'aboutir à des décisions aussi justes que possible sur les plans tant juridique que politique.

Structure du guide de législation

Le guide de législation est construit en cinq parties. La première partie présente le déroulement chronologique de la procédure législative pour chaque niveau normatif. La loi fédérale donne lieu aux descriptions les plus détaillées. Les chapitres suivants se réfèrent ensuite, lorsqu'il y a lieu, à ces explications. Cette partie du guide se concentre sur les questions méthodologiques et sur la gestion de projet. 3

La deuxième partie traite des aspects formels des actes normatifs. La troisième partie est consacrée à certains aspects juridiques particulièrement importants ou particulièrement fréquents. Dans la quatrième partie sont présentés une sélection d'instruments d'action de l'État. Enfin, la cinquième partie contient des considérations sur l'entrée en vigueur, la mise en œuvre et l'évaluation des actes normatifs. 4

On trouvera dans les dernières pages une sélection d'ouvrages bibliographiques, classés par thème. Le site Web de l'Office fédéral de la justice donne les références de quelques autres moyens auxiliaires utiles (www.ofj.admin.ch > État & citoyen > Légistique). 5

Indication technique

La version PDF de ce guide contient de nombreux liens vers les ressources Internet. Certaines de ces ressources n'existent cependant que sur l'Intranet de l'administration fédérale.

Abréviations utilisées

aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
aLPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données
AELE	Association européenne de libre échange
AI	assurance-invalidité
al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
AVS	assurance vieillesse et survivants
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CdF	Commission des finances
CdG	Commission de gestion
CE	Communauté Européenne ou Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CIJ	Cour internationale de justice
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations [RS 220])
Comm.	Commissions [extra-parlementaires]
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPO	Centre des publications officielles
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999 (RS 101)
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
DPMin	Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, RS 311.1)
DTL	Directives de technique législative
éd.	Edition
EEE	Espace économique européen

EPF	Ecole polytechnique fédérale
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAgr	Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture ; RS 910.1)
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire ; RS 700)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCo	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation; RS 172.061)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les droits d'auteurs et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur ; RS 231.1)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
LEaux	Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
let.	lettre
LEne	Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (RS 730.0)
LFC	Loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (Loi sur les finances; RS 611.0)
LFPC	Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (RS 138.1)
LOGA	Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement; RS 171.10)
LPubl	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles; RS 170.512)
LPD	Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD, RS 235.1)

LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement ; RS 814.01)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LR	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la recherche (Loi sur la recherche ; RS 420.1)
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité ; RS 170.32)
LSF	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (RS 431.01)
LSu	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions ; RS 616.1)
LTAF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTF; RS 173.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)
LTPF	Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71)
LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence; RS 152.3)
n°	numéro
OCo	Ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (O sur la consultation; RS 172.061.1)
OEB	Ordonnance du 5 juillet 2000 sur les emballages de boissons (OEB; RS 814.621)
OFC	Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération (RS 611.01)
OFCL	Office fédéral des constructions et de la logistique
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 7 octobre 1988 sur les Services du Parlement (RS 171.115)
OLOGA	Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
OLPA	Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 3 octobre 2003 portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (Ordonnance sur l'administration du Parlement; RS 171.115)

ONU	Organisation des nations unies
OPDo	Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données, (RS 235.11)
OPubl	Ordonnance du 17 novembre 2004 sur les publications officielles (O sur les publications officielles; RS 170.512.1)
op. cit.	Opere citato
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PJA	Pratique judiciaire actuelle
par.	paragraphe
PPF	Code de procédure pénale du 5 octobre2007 (RS 312.0)
PME	Petite et moyenne entreprise
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPT	Réforme de la péréquation et de la répartition des tâches
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	et suivants
s.	et suivant
UE	Union européenne
vol.	volume
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

1ère partie : Procédure législative, méthodologie et gestion de projet

1 La procédure législative en quelques mots

Acteurs principaux

À l'échelon de la Confédération, la procédure législative doit être en adéquation avec l'ensemble des structures de la Suisse : système parlementaire, démocratie directe, fédéralisme et principes fondateurs de l'État de droit. 6

Au niveau fédéral, la procédure législative – surtout lorsqu'elle porte sur des normes constitutionnelles et du degré législatif – se caractérise par l'implication très systématique et transparente d'un large éventail d'acteurs ; le peuple, le Parlement, le Conseil fédéral et l'administration, les cantons, les partis, les associations et beaucoup d'autres. 7

Deux catégories d'acteurs participent dans une mesure relativement large au processus législatif, à savoir les cantons (art. 45 s. de la Constitution, Cst. ; RS 101) et la société civile, représentée par les partis politiques et les milieux intéressés (art. 147 Cst.). 8

Le principe de la collégialité qui régit le mode de délibération du gouvernement se reflète dans l'égalité dont bénéficient les offices, dans le cadre de la consultation des offices, et les départements, dans le cadre de la procédure de co-rapport. 9

Aspects primordiaux du travail législatif

Tout travail législatif présente quatre grands aspects, à savoir : 10

- la gestion du projet (mandat d'élaborer le projet, planification, etc.) ;
- la procédure institutionnelle (procédure législative : impulsion, avant-projet et rapport explicatif, procédure de consultation, message, etc.) ;
- le cycle de résolution des problèmes, notamment l'analyse d'impact de la réglementation (processus appliqué pour résoudre les problèmes complexes : définition des problèmes, fixation des objectifs, recherche de solutions, etc.) ;
- enfin, la rédaction proprement dite (élaboration de l'esquisse d'acte normatif et des normes elles-mêmes).

Processus de décision au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral

Consultation des offices et procédure de co-rapport

Définitions

Les projets normatifs qui sont édictés par le Conseil fédéral ou que ce dernier présente au Parlement lui sont soumis pour décision par l'administration. Les propositions au Conseil fédéral font l'objet d'une consultation des offices puis 11

d'une procédure de co-rapport.

12 Au cours de la consultation des offices, l'office chargé d'un projet de proposition au Conseil fédéral le soumet aux services intéressés (offices fédéraux, secrétariats généraux des autres départements, Chancellerie fédérale). Il prend en compte leurs avis dans la mesure de ce qu'il juge pertinent. Il adresse ensuite la proposition au département pour signature, tout en signalant le cas échéant les divergences qui subsistent.

13 Dans le cadre de la procédure de co-rapport, la proposition au Conseil fédéral, signée par le chef de département, est soumise aux autres départements et à la Chancellerie fédérale qui peuvent rendre un avis (appelé « co-rapport »). Le Conseil fédéral prend en compte les co-rapports avant d'arrêter sa décision.

Fonction

14 La consultation des offices et la procédure de co-rapport servent à préparer les décisions du Conseil fédéral. Elles remplissent plus précisément les fonctions suivantes :

- assurer la préparation sur le fond des décisions à prendre par le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale ;
- bénéficier des connaissances des spécialistes des différents services ;
- éliminer les divergences de vues entre les départements pour permettre au Conseil fédéral de se concentrer sur les aspects essentiels des objets qui lui sont soumis.

15 La consultation des offices et la procédure de co-rapport visent à ce que les décisions du Conseil fédéral reposent sur la plus large concordance possible entre le principe de l'autorité collégiale et le principe de la division en départements (art. 177 Cst.). En d'autres termes, les deux procédures servent à assurer la cohérence de l'action du gouvernement et de celle de l'administration.

Exemples de décisions du Conseil fédéral :

- ouverture d'une procédure de consultation ;
- suite à donner à un projet une fois que les résultats de la consultation sont connus;
- mandat d'élaborer un message et un projet de loi ;
- approbation d'un projet de loi et du message qui l'accompagne ;
- fixation de la date d'entrée en vigueur d'une loi.

Bases légales et directives déterminantes

16
- Art. 177 Cst. (RS 101) ;
- Art. 14 et 15 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) ;
- Art. 3 à 5 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1).

Les directives sur les affaires du Conseil fédéral édictées par la Chancellerie fédérale (le « classeur rouge », accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale) régissent la préparation et le déroulement des affaires du Conseil fédéral. Elles fixent les procédures à suivre et contiennent les modèles des documents devant être utilisés, en particulier les propositions et les dispositifs des décisions. 17

Étapes

Ouverture de la consultation des offices

Cette procédure permet à l'office chargé du dossier de prendre en compte les desiderata et les objections des autres unités administratives fédérales et d'éliminer dans la mesure du possible les éventuelles divergences. L'office transmet le projet de proposition au Conseil fédéral ainsi que ses annexes (par ex. les documents qui seront envoyés en consultation, ou le message et le projet de loi, sans oublier le dispositif de la décision du Conseil fédéral) à toutes les unités administratives concernées ou intéressées par le dossier. Les textes normatifs doivent être remis en français et en allemand. 18

La Chancellerie fédérale gère une page Web concernant la consultation des offices (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale : intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Directives sur les affaires du Conseil fédéral > Déroulement des affaires > Consultation des offices). Cette page contient, sous la rubrique « Informations complémentaires », un document intitulé « Consultation des offices : liste des destinataires », à savoir un registre des adresses électroniques des unités et offices susceptibles d'être inclus dans une consultation des offices. Il est précisé dans la rubrique « Consultation » quelles unités doivent recevoir la documentation dans quels cas, quels offices doivent toujours être consultés, et quelles questions transversales méritent que l'on consulte d'autres offices. 19

Ne sont pas considérées comme des unités de l'administration fédérale les entités de la Confédération devenues autonomes (par exemple, RUAG, la CNA, les CFF, la Poste, Swisscom) ; celles-ci sont appelées à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation. 20

Dans des cas exceptionnels, on étend la consultation des offices au Tribunal fédéral ou à une autre autorité judiciaire de la Confédération (voir *ch. 211, 249 ss*). 21

Pour que les offices intéressés puissent procéder à un examen attentif du projet, il convient de leur accorder un délai convenable. Ce délai est en principe de trois semaines. Des délais plus courts sont possibles pour des objets de faible ampleur qui ne devraient pas soulever de problèmes, mais ils ne devraient jamais être inférieurs à une semaine. 22

23 Tous les projets de normes constitutionnelles, de lois et d'ordonnances importantes (en particulier celles qui feront l'objet d'une procédure de consultation) doivent être soumis, lors de chaque consultation des offices, donc aussi avant l'ouverture de la procédure de consultation, à la commission interne de rédaction en allemand et en français. Ainsi, ils peuvent faire l'objet d'un contrôle parallèle (co-rédaction) dans les deux langues.

Mise au point de la proposition destinée au Conseil fédéral et des annexes

24 L'office compétent remanie la proposition et les annexes si la consultation des offices a fait apparaître des erreurs ou des lacunes ou s'il en est ressorti que le projet ne pourrait pas recueillir un consensus suffisant sur le plan politique. Les divergences de vues subsistant entre des offices doivent être clairement mises en évidence dans la proposition destinée au Conseil fédéral.

25 À ce stade, il peut être utile que l'office compétent informe préalablement les autres offices influents de la suite des opérations. Dans toute la mesure du possible, on s'efforce d'éliminer les divergences avant que l'objet soit soumis au chef de département pour qu'il signe la proposition au Conseil fédéral.

26 Si, après la consultation d'un office, d'importantes modifications sont apportées à la proposition et à ses annexes (en particulier au projet de loi), il convient le cas échéant d'ouvrir une deuxième consultation des offices.

27 Résultat : la proposition et les annexes sont prêtes à être soumises au Conseil fédéral dans une forme sur laquelle les offices intéressés se sont mis d'accord autant que possible.

Ouverture de la procédure de co-rapport

28 La procédure de co-rapport permet au département chargé du dossier (ou, le cas échéant, à la Chancellerie fédérale) de prendre en compte les desiderata et les éventuelles objections des autres départements et de la Chancellerie fédérale et d'éliminer dans la mesure du possible les divergences avant la séance du Conseil fédéral.

Déroulement de la procédure de co-rapport 29

Qui ?	Quoi ?
Proposition	
L'office compétent	communique la proposition et le dossier au chef du département pour signature.
Le département responsable du projet	ouvre la procédure en signant la proposition et transmet celle-ci à la Chancellerie fédérale.
La Chancellerie fédérale	une fois encore, vérifie que le dossier est complet et contrôle son exactitude formelle (conformité aux directives sur les affaires du Conseil fédéral), puis soumet le tout aux autres départements pour qu'ils établissent leurs éventuels co-rapports.
Co-rapport	
Les départements	peuvent s'exprimer sur la proposition, avant la séance du Conseil fédéral, en rédigeant un co-rapport motivé.
La Chancellerie fédérale	communique les co-rapports au département dont émane la proposition et aux autres départements.
Réponse	
Le département responsable du projet	peut réagir aux co-rapports qui lui ont été remis, dans une réponse. Il peut maintenir son projet, se rallier aux propositions ou encore préparer une proposition modifiée qui tienne compte des remarques formulées.
Les départements qui sont d'accord avec la proposition initiale	peuvent également prendre position dans une réponse au co-rapport.
La Chancellerie fédérale	transmet les réponses aux autres départements.
Réplique	
Les autres départements	peuvent à nouveau s'exprimer dans le cadre d'une réplique. Ils peuvent maintenir leur position ou se rallier à la proposition telle qu'elle a été modifiée.

Il faut prévoir 6 jours au moins pour la procédure de co-rapport. Le court délai dont les autres départements disposent avant la décision du Conseil fédéral exige des collaborateurs compétents qu'ils réagissent le plus vite possible aux propositions ou aux co-rapports. 30

Si une objection a simplement trait à des points juridiques ou politiques d'importance secondaire, on évite de déposer un co-rapport afin de ne pas surcharger inutilement le Conseil fédéral. On s'efforce de trouver directement un accord sur une modification de la proposition avec le département ou l'office dont celle-ci émane. Les adaptations sont apportées par le département responsable sous forme de corrigendum durant la procédure de co-rapport. 31

Publication des actes normatifs

Organes de publication

32 Les actes normatifs, les projets soumis ou sujets au référendum et les messages du Conseil fédéral sont publiés dans les organes de publication officiels de la Confédération :

- *Recueil officiel du droit fédéral* (Recueil officiel, RO) : y sont publiées principalement la Constitution, les lois fédérales et les ordonnances (voir l'art. 2 de la loi sur les publications officielles, LPubl, RS 170.512). Les obligations juridiques prévues dans les textes entrés en vigueur ne naissent qu'au moment de la publication au RO (art. 8, al. 1, LPubl).
- *Recueil systématique du droit fédéral* (Recueil systématique, RS) : le RS est une collection consolidée, classée par matière, des textes publiés dans le RO qui sont en vigueur, à l'exception des arrêtés fédéraux qui ne contiennent pas de dispositions fixant des règles de droit et qui portent approbation de traités ou de décisions de droit international. Il contient également les constitutions cantonales. Il est mis à jour en permanence (art. 11 LPubl).
- *Feuille fédérale* (FF) : y sont publiés les projets d'actes de l'Assemblée fédérale émanant du Conseil fédéral et des commissions parlementaires et les messages et rapports qui les accompagnent. La FF contient aussi les lois fédérales que le Parlement vient d'adopter, avec mention du délai référendaire (art. 13 LPubl).

33 Les publications officielles ont lieu sur une plateforme Internet accessible au public. La version des actes normatifs fédéraux publiée sur cette plateforme fait foi (art. 15, al. 2, LPubl), et non plus, comme auparavant, la version papier du RO.

34 La Section du droit de la Chancellerie fédérale est responsable des questions juridiques relatives aux publications ; le Centre des publications officielles (CPO), autre service de la Chancellerie fédérale, est responsable des questions techniques. Ces deux services doivent être consultés dès lors que l'entrée en vigueur d'un acte normatif est prévisible.

35 Les actes normatifs fédéraux, les traités et décisions de droit international et les conventions entre la Confédération et les cantons déploient leurs effets au moment de la publication.

36 Il est possible de renoncer à publier un texte dans le RO et dans le RS et d'y faire une simple mention de leur titre, avec une référence ou le nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus, mais uniquement dans certaines circonstances :

- l'acte ne touche qu'un nombre restreint de personnes ;
- il a un caractère technique et ne s'adresse qu'à des spécialistes ;
- il devrait être publié dans un format incompatible avec celui du RO.

Il peut aussi arriver qu'une loi fédérale ou une ordonnance de l'Assemblée fédérale prescrive une publication ailleurs que dans le RO. Les textes qui sont publiés dans

un autre organe accessible gratuitement à tous en Suisse sont mentionnés dans le RO uniquement par leur titre et par la référence à cet organe ou par le nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus (art. 5, al. 2, LPubl). Les actes normatifs de l'UE qui sont publiés dans le Journal officiel de l'UE (JO) et accessibles sur le site EUR-Lex ne sont le plus souvent pas publiés *in extenso* dans le RO mais simplement mentionnés avec leur référence.

Les actes fédéraux et les traités et décisions de droit international qui doivent être tenus secrets pour préserver la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ne sont pas publiés dans le RO (art. 6, al. 1, LPubl). *37*

Préparation des textes destinés à la publication (procédure CPO)

Le Centre des publications officielles de la Chancellerie fédérale (CPO) publie les textes du Recueil officiel, du Recueil systématique et de la Feuille fédérale, après avoir effectué un contrôle de la mise en page. Les offices sont responsables du contenu des textes et de la planification de la procédure. *38*

La préparation à la publication se fait dans le système CPO (voir www.intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Procédure CPO, disponible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale). Ce système informatique de gestion du flux de travail permet aux services qui ont un rôle à jouer dans la publication du texte d'y accéder (office, CPO, Services linguistiques centraux de la Chancellerie fédérale, etc.) en travaillant toujours sur la version la plus récente. La procédure CPO est également un instrument de planification, dans le sens où un calendrier affichant toutes les étapes est attaché à chaque objet. Il fournit en outre des modèles de documents qu'il est recommandé d'utiliser dès le début de la rédaction des textes pour avoir une mise en page conforme. Les dossiers doivent être ouverts dans le système CPO au plus tard au début de la consultation des offices. Le CPO offre en outre une assistance technique à l'office responsable. *39*

Le CPO organise ce que l'on appelle le « circuit » entre la consultation des offices et la procédure de co-rapport. Les textes à publier sont transmis aux Services linguistiques centraux et à la Section du droit de la Chancellerie fédérale pour un contrôle linguistique et formel de la version finale. Ces corrections sont soumises à l'office responsable qui les vérifie et finalise le texte. Il convient de veiller à ce que les documents soumis au Conseil fédéral ou à un autre organe législatif correspondent aux textes ainsi finalisés. *40*

Bases légales

41 • Art. 195 Cst. (RS 101);
• Loi sur les publications officielles (LPubl, RS 170.512);
• Ordonnance sur les publications officielles (OPubl, RS 170.512.1) ;
• Art. 58 de la loi sur le Parlement (LParl, RS 171.10) et art. 6 à 8 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) : correction des erreurs constatées après le vote final sur des actes de l'Assemblée fédérale.

Information et communication

Compétence

42 Le chef du département prend, en accord avec la Chancellerie fédérale, les mesures nécessaires pour informer le public sur l'activité de son département ; il désigne les responsables de l'information (art. 40 LOGA). En règle générale, il incombe aux offices de préparer l'information destinée au public.

Politique d'information transparente

43 Une politique d'information transparente est un élément nécessaire à la formation de l'opinion. Elle sert la transparence et la confiance. La communication permet non seulement de transmettre des informations, mais a également un impact significatif sur l'image que le public se forge du gouvernement et de l'administration. Aussi l'information du public doit-elle se faire tout au long du processus législatif, dès la procédure préliminaire et non uniquement en fin de course.

Information active du public

44 Lorsque le projet est d'une certaine envergure, la direction pourvoit à l'information active du public à chaque étape importante - ouverture des travaux préliminaires, institution d'une commission d'experts, remise du rapport de la commission d'experts, ouverture de la consultation, prise de connaissance par le Conseil fédéral des résultats de cette procédure et décision sur la suite des opérations, approbation du message et du projet de loi. L'information active peut emprunter les formes suivantes :

• communiqué de presse, accompagné, au besoin, d'une documentation. En fonction de l'état d'avancement du projet législatif, on y joint les documents eux-mêmes.
• conférence de presse : un objet est présenté oralement sur le fond, par exemple par le président de la commission d'experts, en plus du communiqué de presse ; les participants à la conférence de presse se tiennent à la disposition des journalistes pour répondre à leurs questions, voire pour donner une interview. Dans certains cas – lorsque le projet est particulièrement complexe ou

volumineux – il peut se révéler utile d'avoir avec les journalistes des « dialogues de fond ». L'autorité compétente peut déclarer ces dialogues confidentiels jusqu'à ce que le Conseil fédéral ait arrêté sa décision.

- conférence de presse du Conseil fédéral, organisée par la Chancellerie fédérale à l'issue de la séance du Conseil fédéral. Le chef du département compétent présente le dossier dans ses grandes lignes et en donne une appréciation sous l'angle politique. Peuvent, en outre, prendre part à cette conférence des hauts fonctionnaires et des spécialistes de l'unité administrative compétente, pour répondre aux questions d'ordre technique posées par les journalistes.
- Internet : des pages thématiques sans cesse actualisées concernant les projets législatifs importants permettent au public de s'informer en continu et de trouver à un seul et même endroit toute la documentation pertinente. La consultation d'Internet permet, en outre, de réduire le nombre de questions de citoyens auxquelles l'administration doit répondre.

En outre, la direction de projet informe régulièrement les milieux intéressés par un projet de législation, notamment ceux chargés de son exécution (en particulier les cantons), des événements et avancées susceptibles de les intéresser. *45*

L'information active et la publication de documents sont aussi de bons moyens de réduire le nombre de demandes fondées sur la loi sur la transparence (LTrans; RS 152.3) et d'alléger le travail de l'administration à cet égard. *46*

Information passive du public

La communication comprend également l'information passive, soit celle qui est donnée sur demande informelle (émanant notamment de journalistes) ou sur présentation d'une demande d'accès au sens de la LTrans (LTrans; RS 152.3). En principe, le libre accès du public aux documents officiels est garanti. *47*

Font exception les documents qui ont trait à la formation de l'opinion et de la volonté politique au sein du Conseil fédéral. Ce processus est confidentiel. Au stade de la consultation des offices, un projet d'acte législatif n'est pas accessible au public. Il le sera lorsque le Conseil fédéral aura ordonné l'ouverture de la procédure de consultation, ou alors adopté le message ou l'ordonnance. Le Conseil fédéral peut exceptionnellement décider que ces documents resteront non accessibles après sa décision. Les documents relatifs à la procédure de co-rapport ne sont pas publics (art. 8, al. 1 à 3, LTrans). *48*

On trouvera des informations complémentaires sur la manière de traiter les demandes d'accès au sens de la loi sur la transparence en consultant le site internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence à la rubrique (www.edoeb.admin.ch > Principe de la transparence > Accès aux documents officiels). *49*

2 Loi

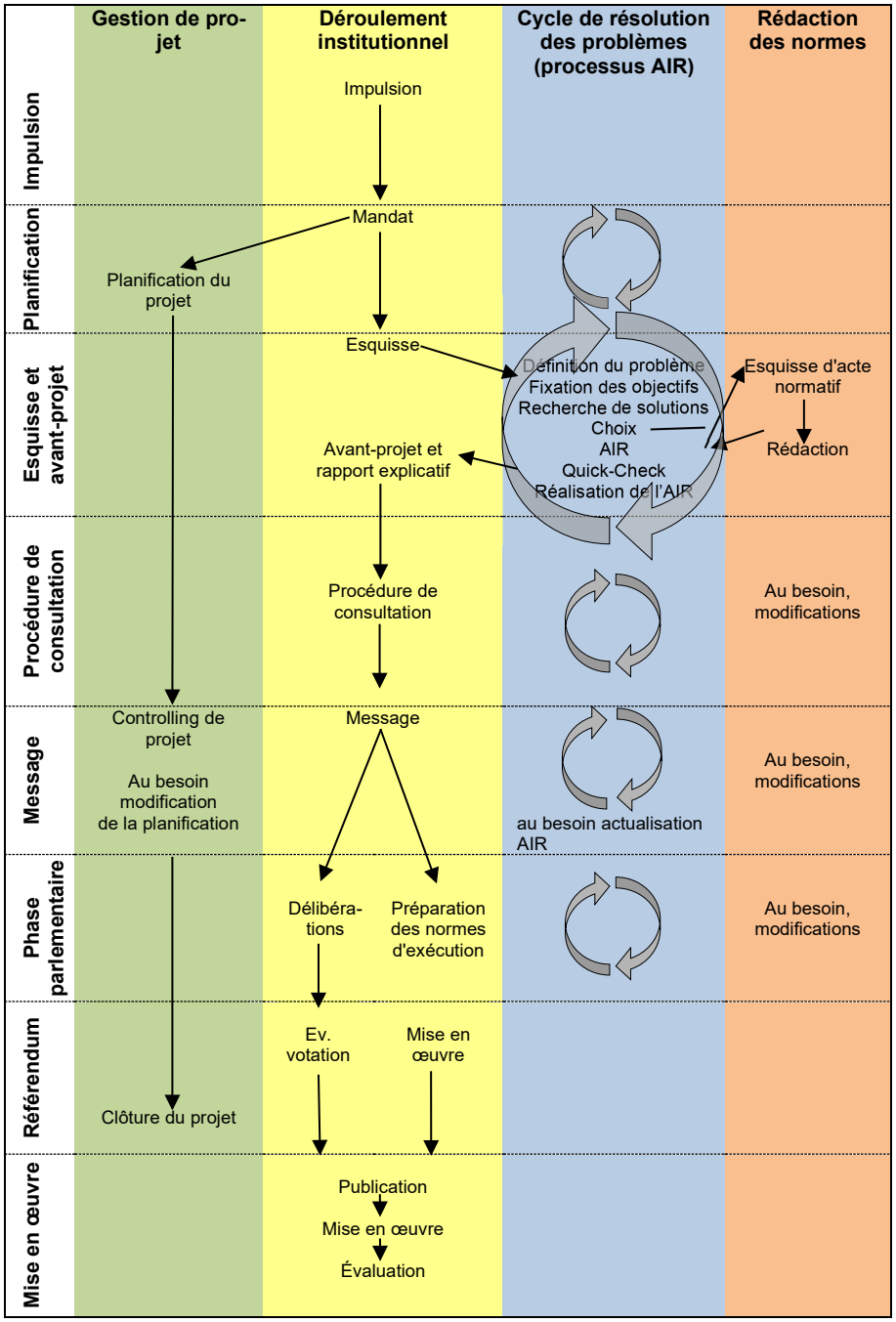
Introduction

50 Ce chapitre décrit le déroulement chronologique de la procédure législative, depuis le déclenchement du projet législatif jusqu'à la phase postparlementaire. Une grande partie des principes applicables et des étapes à franchir sont les mêmes pour d'autres actes que les lois fédérales, notamment pour les ordonnances et les modifications constitutionnelles.

51 Nous commencerons par quelques schémas représentant les étapes successives de la procédure législative. Le premier – très synthétique – distingue les quatre aspects principaux du travail législatif : le déroulement institutionnel, la gestion de projet, le cycle de résolution des problèmes et la rédaction des normes. Les schémas suivants se limitent au déroulement institutionnel dont ils présentent toutes les phases en détail.

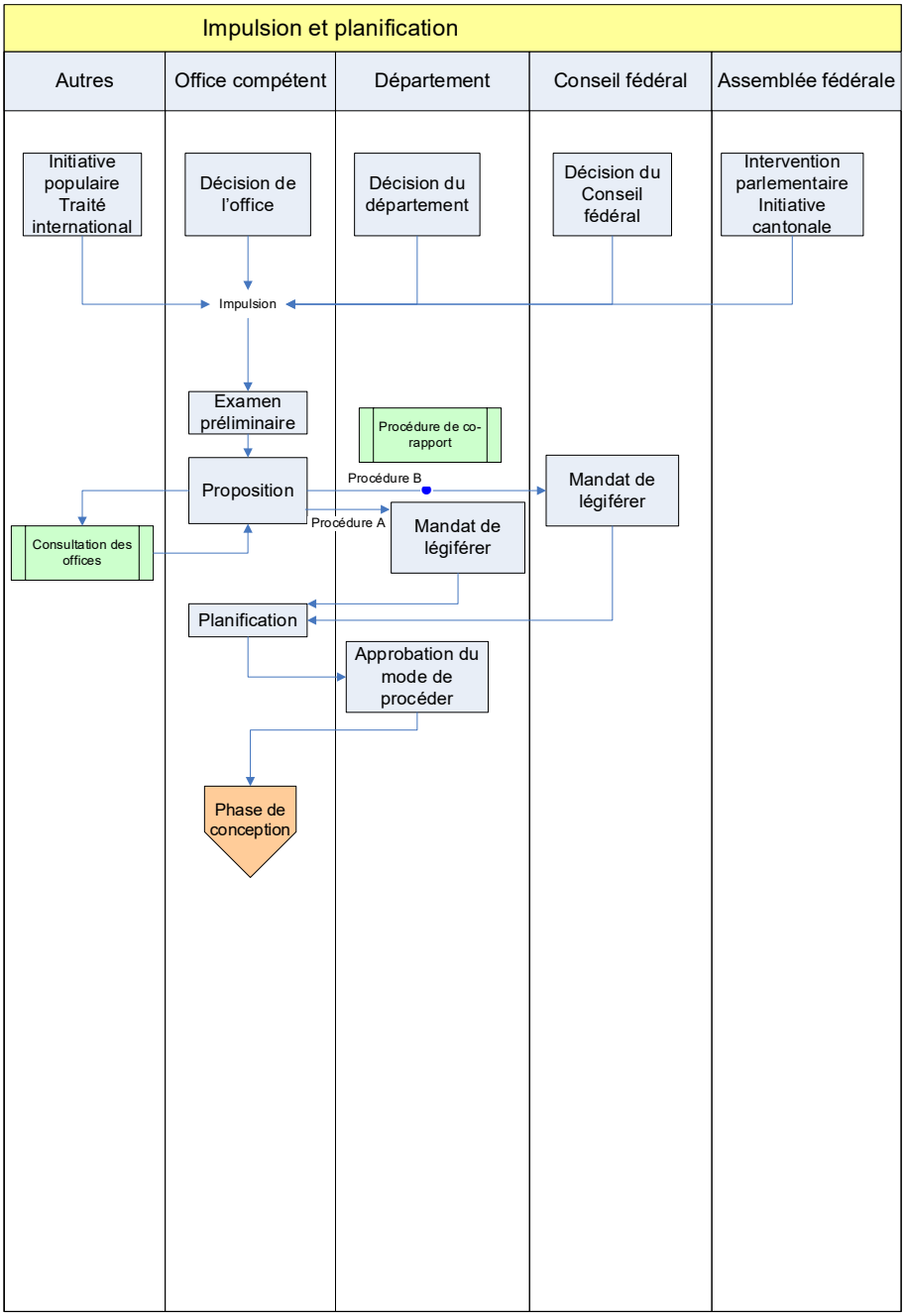
Tableau synoptique de la procédure législative

52

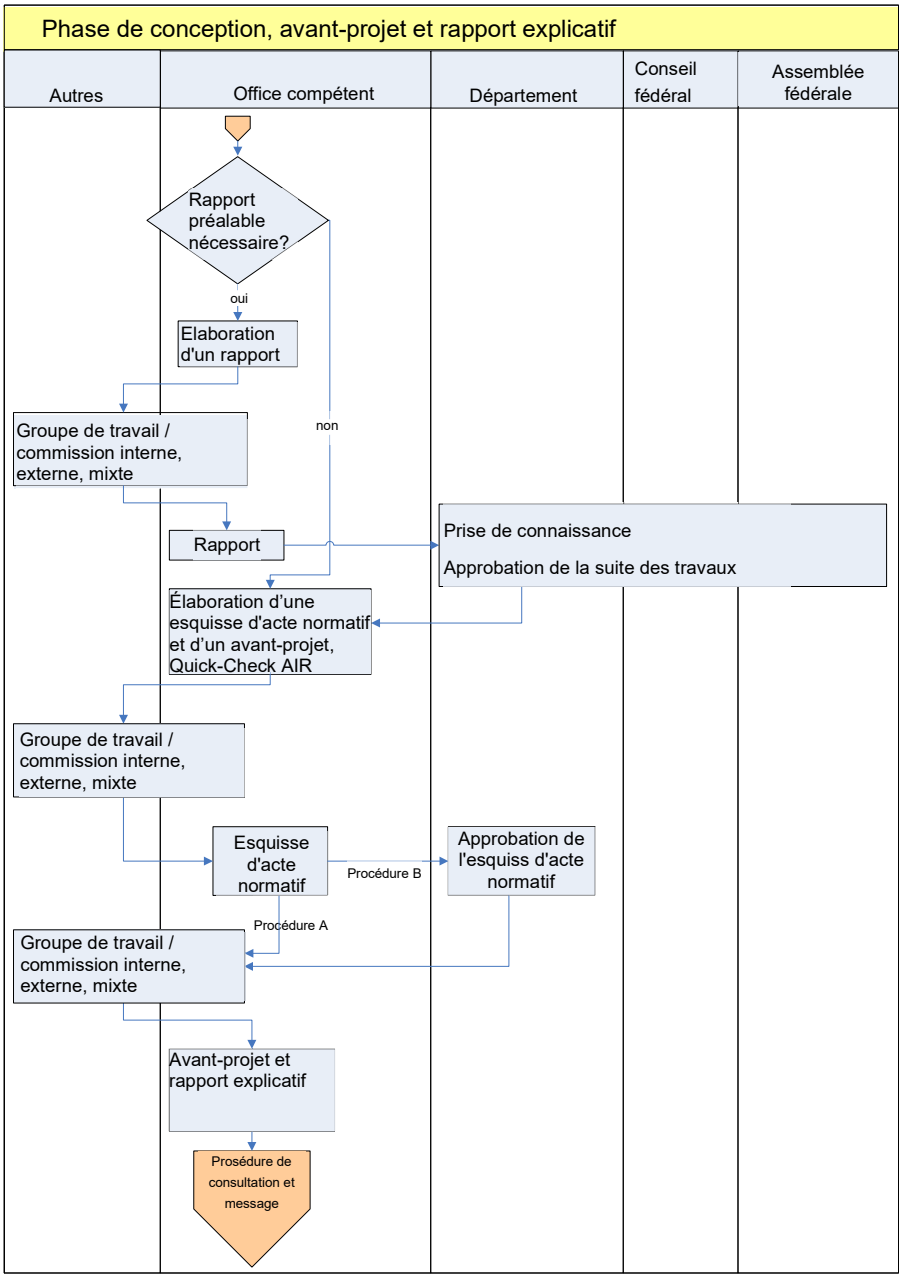


Impulsion et planification

53

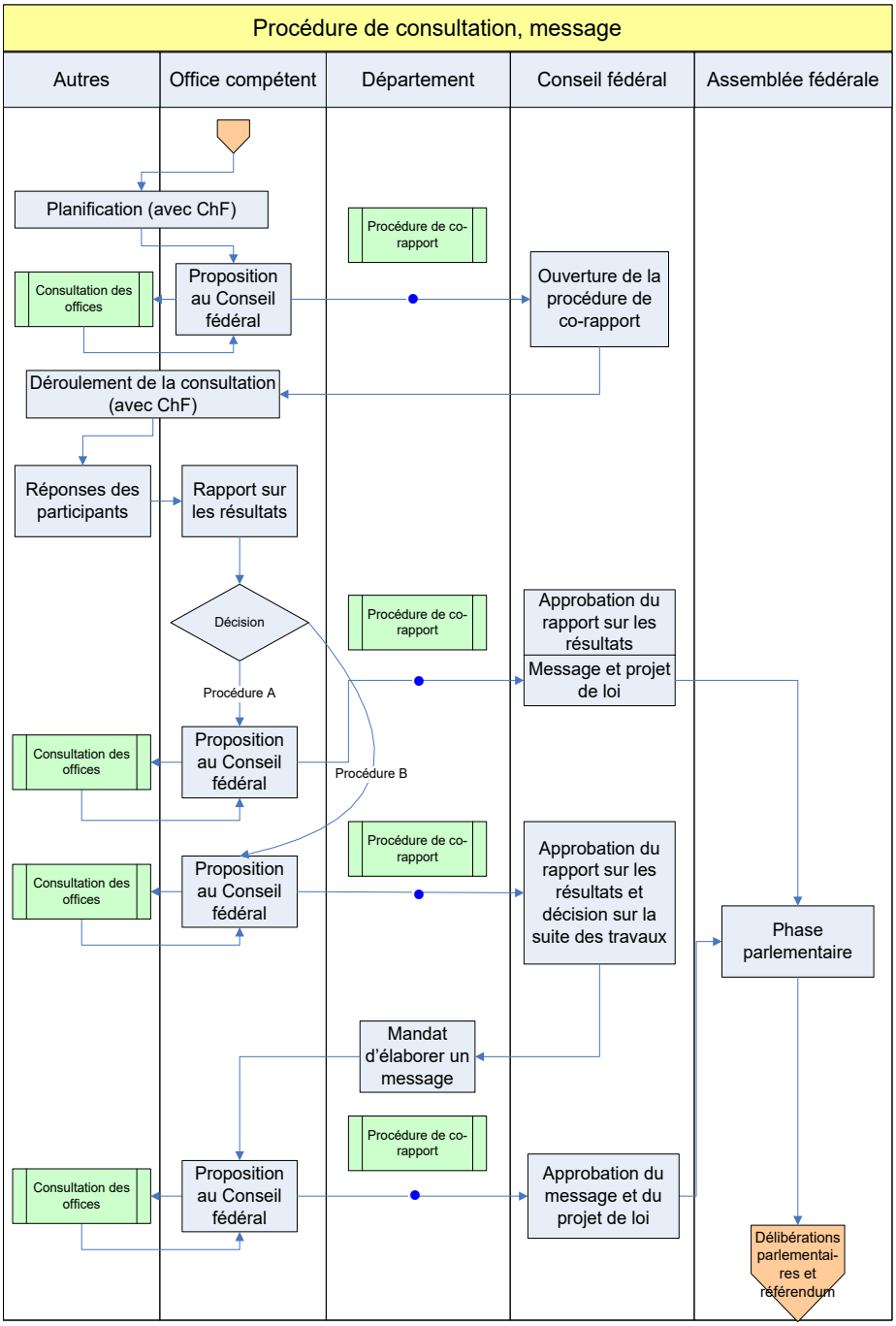


Phase de conception, avant-projet et rapport explicatif



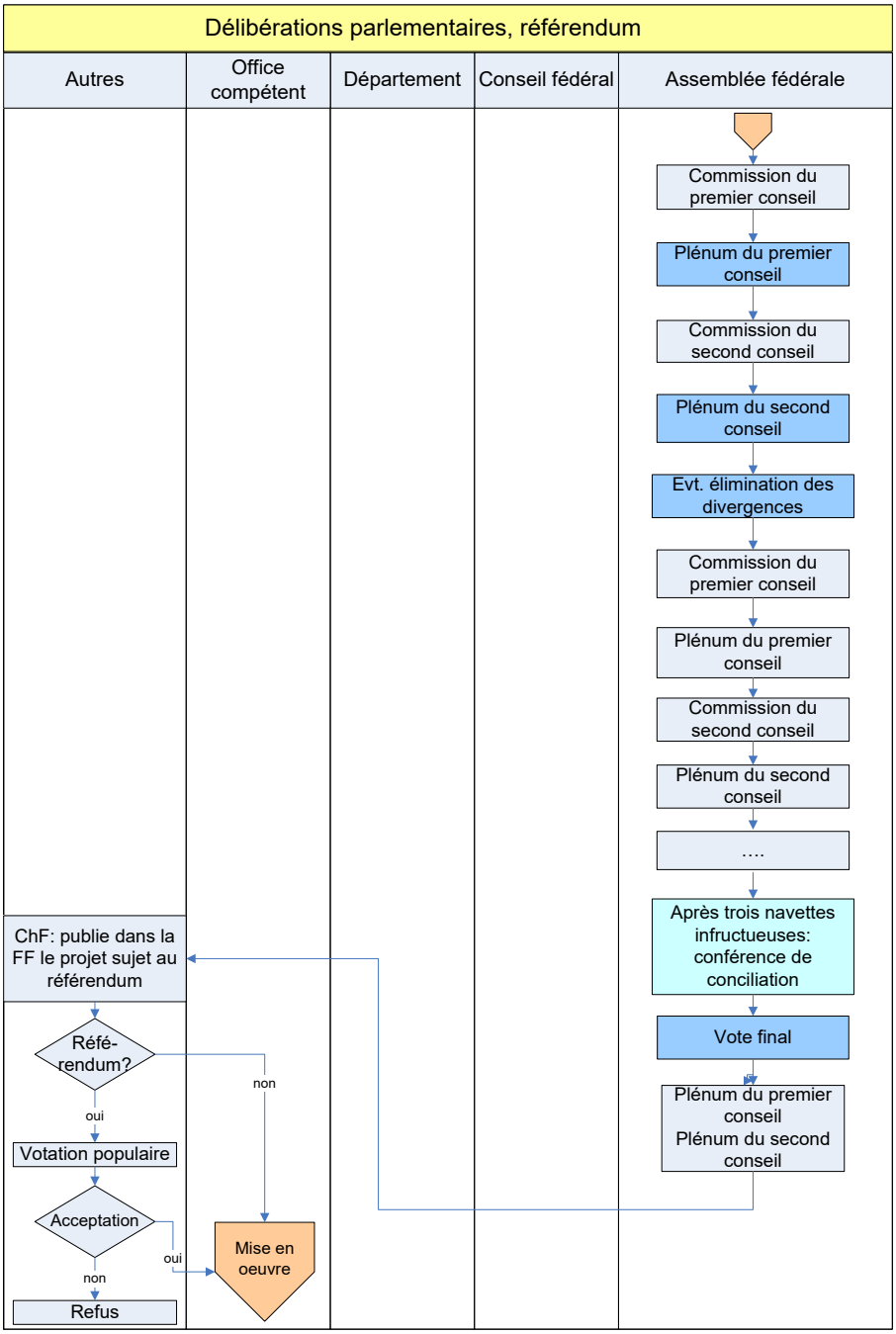
Procédure de consultation, message

55



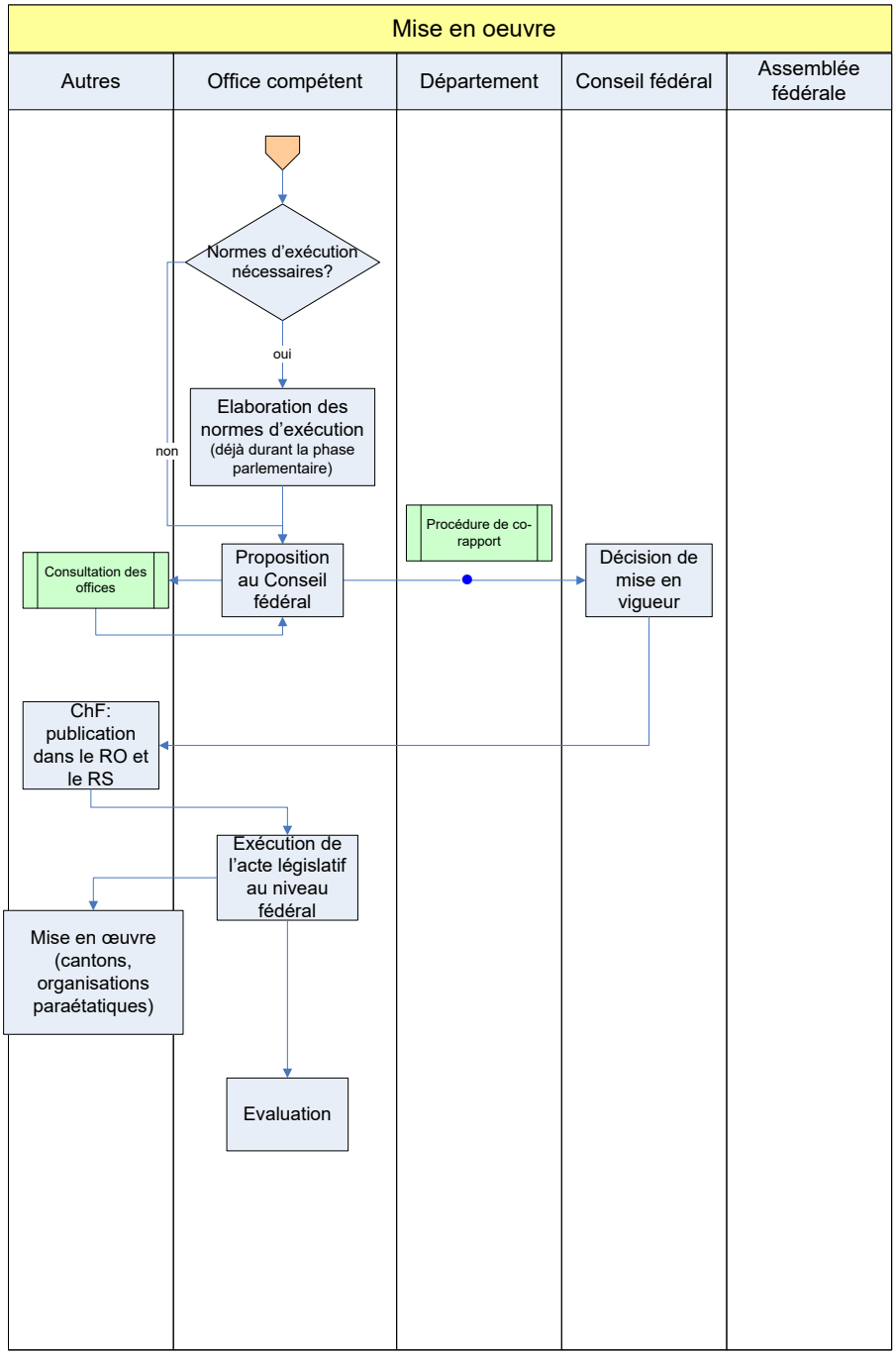
Délibérations parlementaires, référendum

56



Mise en œuvre

57



Impulsion législative et planification

Impulsion et mandat

Aperçu

Origine des impulsions

L'impulsion pour réaliser un projet législatif peut avoir différentes origines, notamment : 58

- évolutions dans la société, l'économie, l'environnement ou les technologies (par exemple l'intelligence artificielle) qui sont soudainement perçues comme des problèmes ou des opportunités par les groupes de personnes qu'elles touchent, notamment parce qu'elles ouvrent de nouvelles perspectives pour les particuliers et les autorités dans l'accomplissement de leurs tâches ;
- difficultés de mise en œuvre du droit existant qui sont constatées par les autorités d'exécution ;
- prises de position critiques par les médias ;
- résultats d'études scientifiques ;
- arrêts du Tribunal fédéral ;
- initiatives populaires ;
- développement du droit de rang supérieur.

Il est de plus en plus fréquent que les développements du droit de rang supérieur – nous pensons ici au droit international – soient à la source d'une modification législative. Les développements du droit de l'Union européenne, notamment, peuvent nécessiter une adaptation de la législation suisse lorsque le droit de l'Union doit être repris à titre de droit conventionnel contraignant, par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'UE. La question de savoir si la Suisse doit réagir de manière autonome à de nouveaux problèmes, ou si elle doit d'abord attendre de voir comment ces problèmes font l'objet de nouvelles réglementations à l'étranger, en particulier dans l'UE, doit être tranchée sur la base de l'ensemble des aspects juridiques et politiques. La tâche exigeante de suivre les développements législatifs à l'étranger est facilitée dans certains cas par l'existence d'analyses générales *(par ex. la politique numérique de l'UE : analyse des conséquences pour la Suisse, communiqué de presse de l'OFCOM du 18 avril 2023)*. 59

Instruments formels des impulsions

Souvent, le débat public naît lorsqu'un ou plusieurs acteurs se saisissent d'une question politique ; ce peut être une association, un parti ou groupement politique, une conférence intercantonale, un média. Il existe alors plusieurs instruments institutionnels pour porter la volonté de réforme jusqu'aux autorités qui la réaliseront : une initiative populaire, une initiative d'un canton, une motion, une initiative parlementaire, le droit d'initiative du Conseil fédéral, etc. 60

61 Ces instruments institutionnels garantissent une ouverture à toutes sortes de sources de changement. Ils permettent de prendre en compte les exigences de ces émanations de la société civile, d'y réagir et de les intégrer dans le processus politique.

62 La prise en compte des impulsions au moyen d'instruments formels vise aussi à assurer la coordination et la cohérence des travaux législatifs, contribuant à éviter aux autorités politiques d'être surchargées par une pléthore de projets normatifs.

63 Les travaux législatifs peuvent être lancés soit par l'Assemblée fédérale, soit par le Conseil fédéral (art. 181 Cst.). Tout membre de l'Assemblée fédérale, tout groupe parlamentaire, toute commission parlamentaire et tout canton peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale (art. 160 Cst.).

Principe de subsidiarité

64 Quelle que soit l'action requise de l'État, elle doit respecter le principe de subsidiarité (art. 5*a* Cst.). L'État ne doit assumer que les tâches que les particuliers (famille, économie privée, etc.) ne sont pas en mesure de remplir. Quant à la Confédération, elle ne doit accomplir que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme au niveau fédéral (art. 43*a, al. 1* Cst.). Au surplus, l'État peut exercer son action non seulement en édictant des normes, mais encore en agissant de manière informelle (en ayant des entretiens avec des acteurs majeurs de la société, en communiquant avec le public et en l'informant, notamment).

Bases légales

65 Art. 5, 5*a*, 43*a*, 138 à 139*a*, 160, 181 et 184 Cst. ;
Art. 107 à 122 LParl.

Étapes

Situation de départ

66 L'office compétent doit répondre à des impulsions l'incitant à légiférer. En l'occurrence, deux cas classiques peuvent se produire :

- Une autorité supérieure lui a donné mandat d'examiner la nécessité d'établir de nouvelles normes législatives ou, directement, de préparer de telles normes ; ou encore, on peut s'attendre à ce qu'un tel mandat soit donné. C'est fréquemment le cas lorsque des travaux législatifs sont déclenchés par une intervention parlementaire ou une initiative populaire.
- L'office compétent constate lui-même un besoin de légiférer sans qu'un mandat exprès lui ait été donné par une autorité supérieure. Il sollicite en ce cas un mandat, afin de déclencher formellement le processus législatif. Un besoin de légiférer peut découler des résultats d'analyses des bases juridiques effectuées dans le cadre de projets informatiques ou dans le cadre du développement des systèmes informatiques en cours d'exploitation : démarche DevOps

(*development and operations*) où la création et l'exploitation d'un système sont assurés par une même équipe.

Analyse de l'impulsion ou du mandat

Quelle que soit la situation de départ, la façon de procéder est, en principe, toujours la même. *67*

1. L'office analyse les problèmes et fait le point de la situation: Dans ses grandes lignes, le processus d'analyse des problèmes est identique au cycle de résolution des problèmes (voir *ch. 104* à *159*). *68*
2. L'office clarifie la situation du point de vue politique : Si le processus de formation de l'opinion en est encore à un stade relativement précoce, l'office peut préparer une note de discussion de manière à provoquer au sein du Conseil fédéral un débat ouvert, qui permettra de connaître les points de vue des différents départements sur les objectifs du projet, son ampleur et les grandes options à prendre lors de son élaboration. Lorsque la note de discussion soulève des points juridiques importants ou contestés ou que l'on soumet des propositions au Conseil fédéral, ce qui n'est pas l'objet d'une note de discussion, il y a lieu d'organiser préalablement une consultation des offices. *69*

   Des discussions au sein des commissions permanentes, des conférences de directeurs cantonaux ou d'autres organes où se forgent des opinions sont autant de possibilités de se faire une idée des orientations politiques à donner au projet. Il en va de même des débats qui ont lieu au Parlement. Dans certains cas, plus particulièrement lors de projets très novateurs, il peut être indiqué d'utiliser d'autres plates-formes pour une communication plus offensive. On peut ainsi avoir recours à des événements publics ou à des auditions informelles, ou encore à des plates-formes de discussion sur internet. Il faut toutefois prendre garde aux exigences en matière de transparence et d'égalité de droit. *70*
3. L'office planifie les travaux : Dès le stade de l'analyse du mandat, il y a lieu d'estimer grossièrement le temps et les ressources humaines que nécessitera l'élaboration du projet (voir. *ch. 87*). On doit également examiner, entre autres points, si le projet ne pourrait pas être intégré dans un autre projet en cours de réalisation. Selon la définition des problèmes et les délais, il faut, éventuellement, proposer l'adoption de mesures d'urgence. *71*

Soumettre une proposition pour obtenir un mandat

À la lumière des résultats de l'analyse du mandat, l'office compétent soumet au mandant (en général, le département ou le Conseil fédéral) une proposition concernant la suite de la procédure. *72*

Cette proposition, qui vise à obtenir un mandat détaillé, peut, par exemple, comprendre les grandes articulations suivantes :

- situation initiale ;
- problèmes et objectifs ;
- amorces de solutions (diverses options) ;
- avantages et inconvénients des différentes options ;
- chances et risques ;
- estimation du temps nécessaire ;
- propositions.

73 En cas de besoin, la suite des travaux peut aussi être concrétisée plus en détail dans la proposition (voir *ch. 80 à 87*).

74 Si les problèmes en cause sont faciles à circonscrire et n'ont que peu de répercussions politiques épineuses, s'il s'agit d'un projet de petite envergure qui ne touche que peu, voire aucunement, les milieux extérieurs à l'administration et si l'on peut s'appuyer sur une base d'information solide (notamment sur des études préliminaires réalisées par le passé), on peut éventuellement déjà accompagner la proposition d'un rapport ou d'une esquisse d'acte normatif.

Résultat

75 L'office compétent dispose maintenant du mandat de légiférer qui a été avalisé par l'autorité supérieure.

Planifier un projet législatif

Généralités

Acteurs

76 L'organisation des projets ressortit, en règle générale, aux offices. Toutefois, elle peut être assumée par le secrétariat général du département, notamment lorsque le projet est de grande envergure ou politiquement délicat. Au besoin, le Conseil fédéral peut mettre sur pied une organisation de projet interdépartementale pour traiter d'importants objets transversaux de durée limitée (art. 56 LOGA). Le Conseil fédéral et les départements peuvent consulter des organisations et des personnes extérieures à l'administration fédérale (art. 57 LOGA). Les projets d'envergure exigent non seulement un engagement soutenu de la part de la direction du projet et de l'équipe chargée du projet, mais encore l'appui résolu du département et de la direction de l'office. Il n'est pas rare qu'initialement l'on sous-estime l'ampleur des ressources à investir pour mener à bien des projets d'envergure, notamment lorsqu'ils sont complexes ; elles peuvent représenter un multiple des ressources nécessitées par un projet simple.

Relations publiques

77 Au début d'un projet, il est recommandé de ne pas éveiller de trop fortes attentes au sein du public et des milieux intéressés. S'agissant des projets d'envergure qui risquent fort de donner lieu à un référendum, il est utile de réfléchir, dès la phase

préparlementaire, à la manière d'informer un public assez large et les milieux intéressés sur la teneur et les incidences pratiques du texte législatif en préparation ainsi qu'à la manière dont les milieux intéressés pourraient être impliqués.

Bases légales et directives déterminantes

- Art. 5, 34, 36, 40, 43, 56 et 57 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA RS 172.010); *78*
- Art. 11 à 23 et 27 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA RS 172.010.1);
- Directives sur les affaires du Conseil fédéral, Déroulement d'une affaire du Conseil fédéral (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Moyens auxiliaires :

- HERMES (www.hermes.admin.ch) est une méthode standard de gestion de projets développée par l'administration fédérale. Elle peut être employée non seulement dans le domaine informatique mais aussi dans les domaines des prestations et produits 'une organisation. Elle est une méthode ouverte à tous (ressource libre). Un besoin de légiférer, identifié lors de la phase initiale dans le cadre de l'analyse des bases légales, doit être géré à l'aide du présent guide. Le projet informatique et le projet législatif doivent être coordonnés en tant que sous-projets d'un projet global. Il ne suffit pas d'effectuer cette coordination une seule fois sur la base de l'analyse des bases légales, mais il s'agit d'une tâche continue tout au long du projet.

Étapes

Situation de départ

Le mandat d'établir un projet législatif a été donné. Il s'agit maintenant de planifier le projet dans les détails. Pour mener à bien cette tâche, il y a lieu de respecter certaines règles. *79*

Prendre en compte l'environnement normatif

La planification d'un projet législatif dépend également de la manière dont se présente l'environnement normatif. Le projet à planifier a-t-il ou non des incidences sur d'autres actes législatifs ou sur d'autres projets législatifs prévus dans le même domaine ou dans des domaines connexes ? Le cas échéant, ne serait-il pas judicieux de surseoir aux travaux jusqu'à ce que soient connus les résultats des autres projets ? Le projet à planifier requiert-il des modifications de normes du droit de rang supérieur ou de rang inférieur ? De quelles solutions, déjà observables par exemple à l'étranger ou dans le secteur privé, peut-on s'inspirer ? Comment se présente la dynamique des développements récents en matière de digitalisation, par exemple dans les domaines technique et économique ? *80*

81 On doit veiller tout particulièrement à assurer la coordination matérielle avec les projets législatifs en cours lorsqu'il existe des relations entre ceux-ci et le projet à élaborer, par exemple lorsque l'on modifie des actes législatifs eux-mêmes en cours de révision (voir les directives de la Confédération sur la technique législative, ch. 54).

Réduire la complexité

82 Lorsque le projet législatif est très complexe, le pilotage revêt une importance toute particulière. Afin de le faciliter, il est recommandé de réduire dans toute la mesure du possible la complexité du projet législatif, par exemple en le subdivisant en différentes étapes.

Évaluer le temps nécessaire de manière réaliste

83 En premier lieu, il importe de se faire une idée du déroulement des travaux législatifs (*ch. 52*). Il est recommandé de planifier le projet en fonction des étapes de la procédure législative.

84 Afin d'évaluer plus facilement le temps que requiert l'élaboration d'un projet législatif (de l'impulsion à l'entrée en vigueur), il est bon de savoir ce qui suit :

- La moitié des procédures législatives (qu'il s'agisse de modifications ou de révisions totales) durent 33 mois au plus ; mais la durée moyenne est de quelque 51 mois, soit un peu plus de quatre ans, dont un peu plus des deux tiers sont absorbés par les travaux préparatoires au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral, le reste étant consacré aux délibérations parlementaires et à la phase postparlementaire.
- Si la procédure de consultation, formellement parlant, dure trois mois ou un peu plus, sa préparation, sa mise en œuvre ainsi que la synthèse et l'évaluation des réponses reçues prennent notablement plus de temps (souvent plus d'une année). Aussi, si l'on veut établir une planification réaliste, il importe de déterminer assez tôt si une consultation doit avoir lieu ou non. La Chancellerie fédérale peut être consultée en cas de besoin.
- Il convient de prévoir suffisamment de temps si l'élaboration proprement dite de l'avant-projet doit être précédée d'un rapport (au moins un an) (v. *ch. 96*).
- Il faut par ailleurs réserver assez de temps pour l'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 160). Ces travaux devraient être entrepris le plus tôt possible, car leurs résultats seront intégrés aux documents mis en consultation. Le Quick-Check AIR permet d'évaluer précocement la nécessité d'une analyse.
- Au moment de la planification, il convient le cas échéant de prendre des décisions préliminaires concernant la récolte de l'information (v. *ch. 100*; v. aussi le ch. 70 pour les formes possibles de communication avec le public) et la forme des structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire (groupe de travail interne, commission d'études, commission d'experts, etc., v. *ch. 101*). L'une et l'autre tâches peuvent avoir des conséquences sur le besoin en

temps.

- Il faut également planifier suffisamment de temps pour la rédaction parallèle et les traductions (concernant la rédaction parallèle, voir ch. 176). Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le temps nécessaire à la mise au propre des projets à l'issue de la consultation des offices, notamment lorsqu'ils ont trait à des sujets controversés au sein de l'administration ou concernent un grand nombre d'offices. Cette étape itérative de la procédure est de nature à déclencher de longues discussion, qu'elles aient lieu avec les offices intéressés ou à l'intérieur même de l'office ou du département compétent (approbation des modifications par les autorités supérieures).
- Lorsque les cantons ou les communes sont compétents pour exécuter la loi, il convient de leur octroyer un délai adapté (v. *ch. 292* et *1074*).

L'écart par rapport aux indications ci-dessus relatives au temps nécessaire peut être important: certains projets complexes, exigeants sur les plans politique et technique, durent beaucoup plus longtemps. Au contraire, si le projet est considéré comme politiquement prioritaire, certaines phases de projet peuvent être nettement plus courtes. Les moyens suivants peuvent aider à répondre à une volonté politique d'avancer rapidement dans un processus législatif:

- une équipe de projet suffisamment nombreuse peut être mise à disposition (ch. 85 et 87). Pour ce faire, il convient de fixer des priorités dans l'utilisation du personnel existant et, le cas échéant, de faire appel à des spécialistes supplémentaires ;
- certains processus peuvent être menés en parallèle, pour autant que cela ne compromette pas leur efficacité. Ainsi, le dossier peut être transmis au Secrétariat général pour examen du contenu alors que le « circuit » (ch. 252) est encore en cours ; il ne doit toutefois être soumis au chef de département qu'une fois le circuit terminé. Des mandats de traductions peuvent déjà être donnés parallèlement à d'autres étapes, en respectant les délais fixés dans les directives de la Chancellerie fédérale pour les affaires du Conseil fédéral ("Classeur rouge", rubrique Processus d'affaires > Traductions) ;
- exceptionnellement, les délais des procédures de consultation et d'examen peuvent être raccourcis en cas d'urgence avérée, d'entente avec les services compétents ou concernés. Un raccourcissement du délai ordinaire de consultation des offices (trois semaines) doit être convenu avec les principaux destinataires et doit quand même permettre un traitement sérieux des documents ; il doit en outre rester suffisamment de temps pour l'évaluation de la consultation des offices et la finalisation du projet (art. 4, al. 2, OLOGA). Le temps nécessaire pour le traitement par le secrétariat général du département et pour la procédure de co-rapport doit être clarifié avec le secrétariat général. Pour le raccourcissement du délai (3 mois) pour la procédure de consultation externe, voir le ch. 208.

Pour la procédure extraordinaire de l'Assemblée fédérale, voir le ch. *256*, et pour la déclaration d'urgence des lois fédérales, les ch. *556*, *286*, *306*, *1002*, *1008* et *1043*.
Concernant la publication urgente, voir les ch. *310* et *1004* à *1006*.

La maîtrise des problématiques de la densité normative et du niveau normatif (v. ch. *698* ss, en particulier *701*) aide beaucoup pour permettre la mise à disposition de bases légales en temps utile.

Choisir l'organisation adéquate

85 En règle générale, les projets législatifs exigent le recours à des connaissances et à des aptitudes multiples. Aussi reposent-ils, le plus souvent, sur une collaboration interdisciplinaire. Les travaux législatifs doivent toujours être planifiés et réalisés avec le concours de juristes. Il convient d'y associer également d'une part les spécialistes de la matière à codifier (par exemple dans les domaines de l'économie, de sciences, des technologies y compris des technologies de l'information (TI), de la médicine) et d'autre part les Services linguistiques des offices et des départements.
Le rôle de l'informatique (TI) dans le projet peut se situer à différents niveaux: l'informatique peut être l'objet de la réglementation, ou être utilisée comme outil pour accomplir les tâches à réglementer, ou encore influencer le comportement des destinataires de la réglementation. Cela doit se refléter dans le choix des spécialistes concernés. Il faut en outre tenir compte du fait que des systèmes informatiques sont souvent utilisés pour la mise en œuvre des actes législatifs. C'est pourquoi, dans ces cas, les spécialistes des TI doivent être impliqués à un stade précoce. Une étroite collaboration entre toutes les disciplines concernées est nécessaire dès les premières phases du projet. Elle ne se résume toutefois pas à une seule concertation en début de projet. Elle doit au contraire être mise en œuvre de manière ciblée tout au long du projet, afin de garantir que la réglementation qui en résulte soit pleinement convaincante. Cela est particulièrement important lorsque, surtout dans le contexte informatique, les projets sont gérés de manière "agile" et qu'ils évoluent fortement au fur et à mesure de l'avancement des travaux (v. également le ch. 78 pour la méthode de gestion de projet HERMES).
Enfin, il ne faut pas oublier que, bien souvent, l'exécution des textes législatifs requiert la mise en place de systèmes informatiques. Il convient donc d'impliquer à temps aussi les informaticiens.

86 Il y a également lieu de veiller au multilinguisme au sein de l'équipe chargée du projet. Le fait d'intégrer dans cette équipe des locuteurs des différentes langues officielles (allemande, française et, dans la mesure du possible, italienne) facilite la rédaction parallèle ainsi que la traduction ultérieure et la révision linguistique des textes juridiques et contribue à leur qualité.

Libérer des moyens suffisants (ressources humaines et financières)

87 À la lumière de la planification du déroulement et de la forme d'organisation arrêtée, il y a lieu de se livrer à une estimation des ressources humaines et financières requises par le projet. Nous formulons ci-après quelques remarques concernant les différentes étapes du processus législatif :

- Phase préliminaire : c'est elle qui occasionne le plus grand volume de travail (élaboration de l'avant-projet, y compris le Quick-Check AIR et une éventuelle analyse AIR, procédure de consultation, préparation du message et du projet de loi).
- Phase parlementaire : elle peut occasionner également une charge notable (confection des dossiers guide, rédaction de rapports complémentaires et, au besoin, de propositions de nouvelles normes à titre de variantes, examen des propositions d'amendement déposées en commission et en plénum, avis sur ces propositions).
- Phase précédant la votation (le cas échéant) : il en découle des travaux d'une certaine ampleur (élaboration de textes pour la brochure explicative du Conseil fédéral, préparation d'argumentaires et d'exposés destinés aux conseillers fédéraux).
- Phase postparlementaire : si, parallèlement aux débats parlementaires, il est nécessaire de préparer les textes d'application, la charge en résultant durant les phases parlementaire et postparlementaire peut s'avérer pratiquement aussi lourde voire plus lourde que durant la phase préparlementaire. Lorsque l'on planifie le temps nécessaire à l'élaboration d'une ordonnance, il vaut la peine de prévoir des ressources suffisantes pour la phase ultérieure (par exemple, pour la préparation de documents destinés à faciliter la tâche des autorités d'exécution).

88 Du point de vue financier, les montants à prévoir (en sus des salaires des collaborateurs chargés du projet, qu'il n'est pas nécessaire de budgétiser spécialement) sont destinés à couvrir principalement les coûts des mandataires externes (honoraires d'experts, établissement d'expertises et autres mandats), les débours (par exemple, les indemnités de déplacement), les coûts d'éventuelles réglementations expérimentales (v. ch. 190 et 1046–1048) les frais de traduction (si les délais sont serrés, il est souvent nécessaire de recourir aux services de traducteurs extérieurs). En outre, lorsque les projets sont de très grande envergure, ils occasionnent parfois des frais supplémentaires (bureaux, équipements informatiques, relations publiques, etc.).

Ne pas négliger l'information et la communication

89 Lors de la planification du projet, il importe d'accorder une attention suffisante à l'information et à la communication, plus particulièrement si un concept de communication offensif doit être mis en œuvre (v. ch. 70). Il convient de fournir assez

tôt aux services d'information la documentation nécessaire (v. *ch. 44 ss.*).

Faire approuver la planification du projet

90 La planification du projet doit être approuvée par l'autorité mandante (généralement la direction de l'office, parfois le département, voire le Conseil fédéral) pour qu'elle acquière force obligatoire pour les personnes directement impliquées dans le projet. La meilleure façon de procéder est de faire avaliser un document (par exemple un plan de projet) fournissant des informations sur les points suivants :

- contexte et contenu ;
- affaires connexes ;
- participants au projet ;
- ressources financières ;
- planification des travaux ;

analyses (par exemple AIR) ou expertises planifiées.

Assurer le contrôle de gestion du projet

91 La direction du projet (plus, éventuellement, une unité de l'office ou du département chargée de tâches de contrôle de gestion) vérifie en continu que le projet progresse selon les étapes fixées. Elle adapte la planification aux éventuelles modifications des objectifs, du calendrier, des ressources disponibles, etc. Lorsque les modifications affectant la planification sont d'envergure, il y a lieu d'en informer les autorités supérieures, voire de les consulter.

Résultat

92 L'organisation du projet dispose maintenant d'une planification approuvée. Le contrôle de l'avancement du projet est assuré.

Phase de conception

Préparation des travaux et collecte des informations nécessaires

Généralités

Définition et fonction

93 La phase de conception précède la rédaction de l'avant-projet et du rapport explicatif. Elle consiste à élaborer une base solide sur laquelle s'appuiera l'avant-projet. Cette phase se subdivise en plusieurs étapes (définition des problèmes, fixation des objectifs, choix des solutions). C'est à la lumière de ces éléments que l'on élaborera une esquisse d'acte normatif (voir ch. 161 ss). Cette esquisse et son approbation permettront ensuite un pilotage ultérieur ad hoc du travail de rédaction de l'acte législatif proprement dit. L'interdisciplinarité est de mise dès les premiers travaux ; il est bon que des juristes y soient déjà associés.

Bases légales

Art. 7, 57 et 57*a* à 57*g* Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA RS 172.010). *94*

Art. 8*a* à 8*t* Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA RS 172.010.1), en cas de constitution d'une commission extraparlementaire.

Étapes

Situation de départ

Le mandat d'élaborer un projet d'acte législatif a été donné. *95*

La planification du projet a été établie (v. *ch.76* ss).

Il s'agit maintenant de collecter les éléments d'information nécessaires à l'élaboration de l'avant-projet. À cette fin, il y a lieu de ne pas perdre de vue trois points importants.

S'interroger sur la nécessité d'élaborer un rapport recensant les connaissances de base nécessaires

Bien souvent, il n'y a pas besoin d'élaborer un rapport. Toutefois, il peut être judicieux d'établir un rapport avant le début des travaux législatifs proprement dits, notamment lorsque : *96*

- l'office compétent n'est pas en mesure (avec la collaboration d'autres offices fédéraux, des cantons et des milieux intéressés) de réunir les connaissances de base nécessaires ;
- il doit faire face à des problèmes nouveaux et de grande ampleur, que des incertitudes planent sur la situation réelle et sur les objectifs à atteindre et qu'il s'agit éventuellement de créer de nouveaux et complexes instruments d'action de l'État.

Ce rapport peut être élaboré par l'office lui-même, par un groupe de travail interne, par une commission d'étude (v. *ch. 102*), par une commission Confédération-cantons, ou encore par un ou plusieurs experts. *97*

En règle générale, le mandat d'élaborer le rapport est donné par le département, éventuellement à la demande de l'office compétent. Il est plus rare qu'il émane de la direction de l'office. *98*

Les destinataires et l'utilité d'un tel rapport peuvent être les suivants : *99*

- le chef du département : pour prendre des décisions préliminaires ;
- le Conseil fédéral : pour mener une discussion, décider des grandes orientations du projet ou ouvrir une procédure de consultation sur les questions de principe (sans projet normatif) ;
- l'Assemblée fédérale.

Déterminer les sources d'information

100 L'office compétent peut collecter les informations nécessaires selon différentes modalités, qui peuvent être combinées :

- synthèse d'informations disponibles (par exemple : rapports d'experts, rapports du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, rapports de commissions parlementaires, données statistiques) ;
- collecte d'informations auprès d'autres services de l'administration fédérale (par exemple : Office fédéral de la statistique) ;
- collecte d'informations auprès d'autorités cantonales ou autres (par exemple, à la faveur d'une enquête, en collaboration avec une conférence de directeurs cantonaux) ;
- attribution d'un mandat externe (par exemple : étude comparative entre plusieurs pays par l'Institut suisse de droit comparé, étude de base ou évaluation de la réglementation en vigueur par un institut universitaire ou privé) ;
- tenue d'une audition (par exemple : des cantons, des communes, des organisations, d'associations) ou dans le cas d'autres formes de communication avec le public (v. ch. 70).

Déterminer les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire

101 Il est parfois possible de collecter au sein du seul office (spécialistes, groupe de travail interne) les informations nécessaires à l'élaboration de l'avant-projet d'acte législatif. Toutefois, en règle générale (notamment lorsque la matière à régler est importante ou peut soulever des controverses du point de vue politique), on fait appel aux connaissances d'experts extérieurs à l'office, voire à l'administration. Lorsque le projet touche des intérêts essentiels des cantons ou des communes, notamment dans sa mise en œuvre, on veille à ce que ces derniers participent de manière appropriée. Si ce n'est pas possible ou pas indiqué, il convient de le justifier.

Groupe de travail ou groupe d'accompagnement		102
Convient lorsque	L'option « groupe de travail » convient notamment lorsque les experts se trouvent essentiellement dans l'administration. Le groupe de travail peut aussi être constitué pour délimiter le cadre du mandat et définir la marche à suivre.	
Composition, présidence	Il se compose d'un nombre restreint de personnes (sept à dix personnes) – avant tout des membres de l'administration fédérale – placées sous une direction interne à l'administration.	
Institution	Le groupe de travail interne est institué en général par l'office.	
Commission d'étude		
Convient lorsque	La forme de la commission d'étude convient lorsqu'il s'agit d'effectuer des tâches scientifiques et méthodologiques, comme des études préliminaires ou des rapports. Si cela s'avère nécessaire, les desiderata des milieux politiques peuvent être pris en compte lors d'auditions, éventuellement complétées par un questionnaire.	
Composition, présidence	Une commission d'étude est composée d'experts et ne devrait pas compter plus de quinze membres. En règle générale, elle est présidée par une personne issue de l'administration. Il peut s'imposer de confier la présidence à une personne extérieure lorsque celle-ci justifie d'un savoir étendu et d'une expérience pratique et/ou jouit d'une grande indépendance.	
Institution	La commission d'étude est instituée par le département.	
Commission d'experts		
Convient lorsque	La commission d'experts convient lorsqu'il faut élaborer un projet d'acte législatif ou effectuer des études plus approfondies. Elle a souvent aussi pour fonction de trouver un consensus, notamment sur les points qui peuvent soulever des controverses.	
Composition, présidence	La commission d'experts est généralement composée en majorité de spécialistes extérieurs à l'administration, choisis de manière à assurer une représentation aussi équilibrée que possible des groupements d'intérêts, des sexes, des langues, des régions et des tranches d'âge. Plus une commission d'experts compte de membres, plus lourds sont, généralement, la charge administrative et les coûts qu'elle occasionne et plus les débats sont laborieux. Aussi, le nombre de ses membres ne devrait pas dépasser 20. Une commission d'experts peut s'organiser en sous-commissions. Elle est généralement placée sous une direction interne à l'administration. Elle peut être placée sous une direction externe lorsque la personne en cause justifie d'un savoir étendu, jouit d'une grande indépendance et d'une expérience solide et fait autorité.	
Institution	La commission d'experts est instituée par le Conseil fédéral ou par le département qui en informe au préalable le Conseil fédéral.	
Commission extraparlementaire		
Convient lorsque	La commission extraparlementaire est adéquate lorsqu'il s'agit d'assister en permanence le Conseil fédéral ou un département. Elle a une activité de conseil et est chargée de travaux préparatoires dans des domaines déterminés.	
Composition, institution	Elle est constituée conformément aux art. 57*a* à 57*g* LOGA et 8*a* à 8*i* OLOGA. La durée de fonction est de 4 ans, et coïncide avec la législature du Conseil national.	

Commission Confédération-cantons	
Convient lorsque	La constitution d'une telle commission est surtout recommandée lorsque des projets d'actes législatifs ont d'importantes incidences pour les cantons.
Composition, présidence	La commission est composée de représentants de la Confédération et des cantons, auxquels s'ajoutent parfois d'autres représentants (par exemple, de l'Association des communes suisses ou de l'Union des villes suisses). La présidence peut être assumée par un représentant de la Confédération ou des cantons, voire par les deux conjointement (co-présidence).
Institution	Cette commission est instituée par le Conseil fédéral ou, parfois, par le département, après entente avec les cantons.
Experts	
Convient lorsque	Le recours à un expert est une solution qui convient lorsque la personne en question détient un savoir qui en fait le ou la spécialiste par excellence et que le thème à traiter prête à controverse sur le plan politique.
Institution	Les experts sont mandatés par l'office compétent.

Résultat

103 La façon de procéder pour élaborer l'avant-projet est fixée. On a défini en particulier comment s'assurer les connaissances nécessaires.
Cette étape franchie, le travail de fond proprement dit peut débuter. Il s'agit tout d'abord de décrire les problèmes, les objectifs, le cadre normatif, les différentes solutions envisageables et celle qu'il faut retenir, avant d'élaborer l'esquisse d'acte normatif, puis l'acte normatif lui-même.

Définir le problème

Généralités

104 La définition du problème permet de déterminer si et, le cas échéant, pourquoi un état de fait doit être soumis à une réglementation ou pourquoi celle qui existe doit être modifiée.

105 S'il s'agit d'une étape importante, c'est surtout parce qu'elle permet ultérieurement de déterminer les besoins exacts d'intervention de l'État et de choisir les moyens d'action appropriés. Elle sert donc de base pour toutes les étapes ultérieures. Elle garantit que la situation initiale a été examinée avec suffisamment de soin, avant que l'on passe à l'instauration de mesures. Elle est la condition *sine qua non* du respect du principe de la subsidiarité (v. *ch. 64)*. Aussi, il est essentiel d'envisager le problème dans sa globalité, de manière minutieuse et pondérée.

106 Le cycle de résolution des problèmes (définition du problème, fixation des objectifs, etc.) est présenté ici de manière linéaire. Toutefois, il s'agit souvent d'un processus itératif. Ainsi, au moment de passer à la définition des objectifs, on peut constater que l'analyse du problème n'est pas suffisamment précise et doit être complétée. Autre exemple : lors de l'évaluation des différentes solutions possibles, il peut s'avérer que la définition des objectifs présente encore des lacunes et que

les objectifs doivent être fixés de manière à la fois plus globale et plus précise.

Les étapes du cycle de résolution des problèmes ne permettent pas seulement de trouver méthodiquement une solution adéquate. Elles constituent aussi des éléments importants pour l'élaboration du rapport explicatif. Les textes confectionnés durant ces étapes doivent être, dans toute la mesure du possible, rédigés de manière telle qu'ils puissent être repris intégralement dans ce rapport. *107*

L'analyse du problème et l'analyse de la situation existante sont étroitement liées (le problème = la différence entre la situation existante et la situation souhaitée). Il arrive cependant que la nécessité de légiférer ne découle pas de problèmes proprement dits mais soit induite par l'évolution du droit, de l'économie, des technologies, par les nouvelles marges de manœuvre qui s'offrent à l'État ou encore par l'occasion qui s'offre de mettre en œuvre des solutions plus efficaces. Il peut ainsi arriver que de nouvelles possibilités techniques ne puissent être utilisées efficacement qu'en adaptant des actes législatifs (par exemple les véhicules autonomes) ou qu'elles permettent de nouvelles approches législatives (par exemple en permettant aux personnes concernées par certaines données d'avoir un accès direct en ligne pour obtenir directement ces données, de sorte que les demandes d'informations exigeantes administrativement deviennent superflues). *108*

Dans certains cas, il peut être judicieux de soumettre l'analyse du problème à l'appréciation d'autres unités de l'administration fédérale (services concernés par la matière à régler) ou d'experts externes, ou d'en faire l'objet d'un débat public (v. ch. 70) *109*

Étapes

Situation de départ

Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné. Les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire ont été définies. *110*

L'analyse du problème et de la situation existante implique les étapes suivantes, certaines se déroulant simultanément et d'autres successivement.

Analyse du mandat/de l'impulsion

L'impulsion ou le mandat énoncent, en règle générale, un certain nombre de problèmes et exigent des solutions formulées plus ou moins concrètement. Il convient la plupart du temps de vérifier les objectifs qui sous-tendent l'impulsion ou le mandat, de se demander dans quelle mesure ces objectifs sont en adéquation avec le sens général des solutions envisagées et d'approfondir leur contenu. *111*

Parfois, la définition des problèmes a un caractère par trop unilatéral et est axée sur des solutions bien déterminées, à l'exclusion d'autres voies, ou elle est formulée en termes très généraux. *112*

Il arrive aussi que l'on invoque des raisons d'agir non mûrement réfléchies et inadéquates.

Détermination des causes et de la dynamique des problèmes

113 Fort de ses compétences techniques et, éventuellement, en faisant appel à des experts, l'office se livre à une analyse du problème et de sa dynamique. Différents critères sont utiles à cette analyse :

- nature : en quoi consiste le problème ?
- causes : à quoi faut-il attribuer le problème ? Dans quelles conditions est-il apparu et quelles en sont les causes ?
- contexte : quelles sont les conditions cadres sur les plans social, politique, environnemental et dans le domaines des nouvelles technologies (TI) etc. ? Quelle est l'opinion de la société civile (grand public, partis politiques, milieux intéressés) ?
- mesures déjà prises : quelles sont les mesures qui ont déjà été prises à l'échelon communal et cantonal, au niveau fédéral et sur le plan international ? Pourquoi les effets qu'elles ont eus sont-ils insuffisants ? A-t-on procédé à des évaluations de ces mesures et, dans l'affirmative, quelles conclusions en a-t-on tiré ?
- dynamique : peut-on observer une évolution du problème (caractéristiques périodiques, régularité) ?
- durée : le problème est-il durable ou temporaire ?
- effets : qui ou qu'est-ce qui est touché par ce problème et dans quelle mesure ?
- recoupements : avec quels autres domaines et activités de l'État le problème se recoupe-t-il ?
- conséquences d'une non-intervention : que se passerait-il en cas de non-intervention ? De quelle manière et dans quelle mesure cela aurait-il des effets dans d'autres domaines?

Présentation des facteurs à l'origine du problème sous la forme d'un graphique

114 Si cela est nécessaire, on peut établir un graphique permettant de visualiser les facteurs à l'origine du problème, leurs interactions et l'importance qu'ils ont (modélisation causale).

Au besoin, développer des scénarios

115 Il arrive fréquemment que l'on développe des scénarios, c'est-à-dire différentes hypothèses sur l'évolution du problème et sur le champ d'intervention. Cette manière de procéder permet de mieux prendre en compte les incertitudes qui planent sur cette évolution et, lors de l'évaluation des différentes solutions possibles, les risques et les chances que peuvent présenter des stratégies bien déterminées.

Résultat

On dispose maintenant d'un document écrit définissant le problème (complété, au besoin, par un graphique). 116

Il servira de base pour la rédaction du chapitre « Contexte » du rapport explicatif puis du message à l'appui du projet de loi.

La définition du problème servira, en outre, de base pour les étapes ultérieures que sont la définition des objectifs et la recherche de solutions.

Le processus législatif peut être interrompu si l'on est en droit de supposer que la société, le secteur économique ou les cantons et les communes sont à même de venir à bout du problème par leurs propres moyens et dans un délai utile. La définition du problème peut également déboucher sur des mesures à caractère non normatif (actes matériels, changement de pratique, etc.) ou des conventions. Il est à noter toutefois que l'activité de l'État doit également reposer sur une base légale adéquate lorsqu'elle prend par exemple la forme d'un acte matériel ou d'un contrat. 117

Fixer les objectifs

Généralités

La fixation des objectifs sert à définir l'état que l'on entend atteindre ou, du moins, qu'il serait souhaitable d'atteindre. 118

Elle remplit quatre fonctions : 119

- indiquer la direction à suivre lors de la recherche de solutions ;
- fournir un critère important pour l'évaluation des différentes solutions possibles ;
- faciliter notablement l'interprétation ultérieure de la loi ;
- servir de référence lors d'une évaluation ultérieure de l'efficacité de l'acte législatif.

Les objectifs définis figurent généralement dans le chapitre « Contexte » du rapport explicatif et du message du Conseil fédéral. Ils pourront être intégrés dans les dispositions de la loi concernant le but de celle-ci. Ces dispositions fournissent aux autorités chargées d'appliquer ou de dire le droit des indications sur la manière d'interpréter les différentes normes de l'acte. 120

Les objectifs doivent être formulés indépendamment de la solution ; en d'autres termes, on évite de partir d'une idée préconçue de celle-ci. Au moment de la recherche des solutions, on augmente ainsi les chances de prendre en compte des idées nouvelles qui auraient sinon été laissées de côté ; toutes les solutions sensées doivent être envisagées. En particulier, des idées préconcues sur certaines options de mise en œuvre techniques ou administratives ne doivent pas conduire à un rétrécissement du champ des solutions. 121

Il s'agit aussi de fixer les critères de contrôle devant permettre d'évaluer les différentes solutions (objectifs quantitatifs et qualitatifs). 122

123 Il n'est pas toujours possible d'établir une séparation stricte entre objectifs et moyens de les atteindre ; tout dépend du niveau d'abstraction avec lequel on les considère.

Étapes

Situation de départ

124 Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné ; les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire ont été définies. On dispose également d'une analyse du problème.

Analyser les objectifs contenus dans le mandat à la lumière du contexte politique

125 Il s'agit de déterminer les objectifs implicites ou explicites qui sont contenus dans le mandat. On inclut dans cette analyse tous les documents pertinents (programme de la législature, interventions parlementaires et réponses du Conseil fédéral, prises de position au sein des conseils législatifs et dans les commissions parlementaires, notamment).

Fixer des objectifs réalistes, susceptibles de donner lieu à un consensus

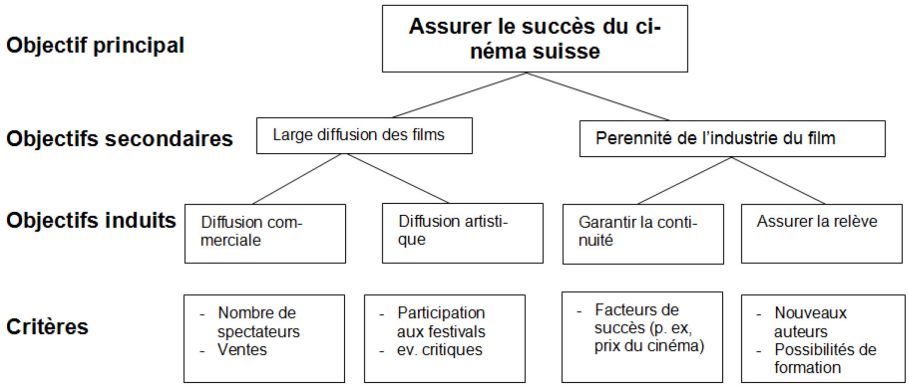
126 Il s'agit de formuler des objectifs réalistes et aussi concrets que possible.

Établir, au besoin, une arborescence des objectifs

127 Il n'est pas rare que l'on doive prendre en compte un ensemble complexe d'objectifs qui soit se combinent harmonieusement, soit sont antagonistes.
En l'occurrence, il importe de ne pas perdre de vue le cadre dans lequel s'inscrit le projet : on fixe les impératifs à respecter lors de la recherche de solutions (par exemple neutralité des coûts, mise en œuvre par les cantons, réduction au minimum des effets collatéraux).

128 Dresser une arborescence graphique permet de visualiser les relations entre les objectifs (par exemple leur hiérarchie).

Exemple : arborescence « Encouragement du cinéma »



Source : Cine-Bulletin 12/2005

Au besoin, concrétiser les objectifs

La définition des objectifs gagne en clarté et en précision si ceux-ci, au lieu d'être libellés en termes vagues, contiennent des indications mesurables qui permettent de vérifier s'ils ont été atteints. *129*

Exemple :

- au lieu de : « réduire notablement les gaz à effet de serre », adopter une formulation plus précise telle que : « réduire à zéro les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050 ».

Résultat

On dispose maintenant d'un document écrit identifiant les objectifs (et complété au besoin par une arborescence graphique). Il pourra être intégré dans le rapport explicatif (chapitre « Contexte », « solutions étudiées et solution retenue »). *130*

Définir le cadre normatif

Généralités

Tout acte législatif nouveau ou modifié est appelé à s'insérer dans un cadre normatif existant. Il importe d'en déterminer le contenu suffisamment tôt afin de vérifier les compétences législatives et de garantir la cohérence de la réglementation et la conformité du projet au droit de rang supérieur. *131*

Le cadre normatif ne s'analyse pas une fois pour toutes en début de processus, mais fait l'objet d'un réexamen constant à mesure que le projet avance et que les normes sont précisées. Ceci est particulièrement important lorsqu'un projet agile dans un contexte informatique change par rapport aux considérations initiales. Sur la nécessité d'une collaboration interdisciplinaire à long terme, voir le ch. 85. *132*

Le cadre normatif (par exemple, l'absence de base constitutionnelle qui permettrait d'adopter telle ou telle approche) joue un rôle important dans la recherche et l'évaluation de solutions. S'il ne peut à lui seul être déterminant pour le choix d'une *133*

solution, il permet d'exclure celles qui s'avéreraient inappropriées.

134 Il convient, en particulier, de respecter les lois transversales (comme les normes de procédure générales, la loi sur la protection des données ou la législation en matière de subventions).

135 On doit se préoccuper de coordonner le projet avec les révisions en cours qui concernent la même matière ou les mêmes actes législatifs. Le besoin de coordination peut concerner des aspects matériels ou formels (par exemple renvois à des actes législatifs). Pour les projets qui nécessitent des normes de coordination et la manière dont elles doivent être introduites, voir DTL ch. 54.

Étapes

Situation de départ

136 Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné ; les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer les connaissances nécessaires ont été définies. La définition du cadre normatif peut intervenir après la définition du problème et la fixation des objectifs, mais aussi parallèlement à ces deux étapes.

Compétence législative de la Confédération

137 Lors de l'élaboration d'une loi fédérale, il faut tout d'abord déterminer si la Confédération dispose d'une base constitutionnelle suffisante pour agir dans un certain domaine et prendre une mesure déterminée. Si une telle base constitutionnelle existe, il s'agit ensuite d'en déterminer la portée et, si elle s'avère insuffisante, de la modifier. S'il n'existe pas de base constitutionnelle, on doit envisager de la créer ou au contraire renoncer à une réglementation fédérale.

Le cadre normatif

138 Le cadre normatif à prendre en considération est formé du droit international, du droit de l'UE et du droit fédéral. Il s'agit non seulement des textes en vigueur, mais aussi des projets d'actes législatifs adoptés ou en cours.

- Droit international : la Suisse est liée par tous les traités internationaux qu'elle a conclus avec d'autres États, des organisations internationales et d'autres sujets du droit international. Sur le plan matériel, il convient de vérifier si la matière à régler n'est pas déjà l'objet de normes internationales, en consultant la partie correspondante du RS. Il vaut également la peine de considérer le droit international auquel la Suisse n'est pas soumise, pour éviter de s'écarter sans nécessité de ces normes de peur de créer ensuite des contradictions en cas d'adhésion.
- Droit de l'UE : les traités bilatéraux qui lient la Suisse et l'UE engagent la Suisse au plan international. Ils déterminent les actes de l'UE (l'"acquis") dont le contenu s'applique aussi à la Suisse. Si cette dernière n'a pas conclu d'ac-

cord avec l'UE dans un certain domaine, le droit de l'Union ne doit pas être repris dans le droit suisse, mais il n'en faut pas moins éviter de créer des divergences contraires aux intérêts de la Suisse.
- Droit fédéral : un survol des dispositions du droit fédéral aide à déterminer si des aspects du problème sont déjà réglés et s'il vaut mieux élaborer une nouvelle loi ou modifier une loi existante.

Résultat

Les responsables du projet connaissent maintenant le cadre normatif ; ils en tiendront compte tout au long du processus d'élaboration du projet. *139*

Rechercher des solutions

Généralités

La recherche de solutions doit être méthodique si l'on veut éviter que le choix opéré se porte trop hâtivement sur une réglementation inappropriée (que le public appelle de ses vœux, par exemple). Il s'agit de garantir que les différents instruments d'action de l'État soient pris en compte, afin que de nouvelles solutions puissent être étudiées et éventuellement mises en œuvre. Les solutions proposées doivent être consensuelles. *140*

Lors de la recherche et de l'évaluation de solutions possibles, il convient de tenir compte des éléments de l'analyse AIR (voir ch. 160) ainsi que des principes énoncés dans la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 1 et 2 LACRE) et des vérifications préalables (art. 4 LACRE ; RS 930.31).

Étapes

Situation de départ

Les problèmes et les objectifs ont été identifiés. *141*

Inventorier les différentes solutions possibles

Il s'agit de trouver des solutions qui permettent de venir à bout des problèmes ou, autrement dit, d'atteindre les objectifs fixés. Plusieurs types de solutions peuvent être envisagés : recours à des instruments d'action de l'État, formels et informels, action au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, collaboration avec les particuliers sous différentes formes, enfin, inaction. *142*

La recherche de solutions possibles requiert une connaissance approfondie non seulement des problèmes et des objectifs identifiés mais aussi, le cas échéant, des solutions adoptées dans d'autres États – y compris des États fédérés – face à des problèmes analogues. *143*

La recherche de solutions est également un processus créatif (on peut faire appel à des techniques favorisant la créativité, telles que le brainstorming ou le mind mapping), ce qui peut déboucher sur des solutions novatrices. *144*

145 La recherche de solutions est facilitée si l'on répond aux questions suivantes :

- Quelle est la logique qui est à la base du problème à résoudre ? De quelle manière l'État peut-il influer sur les acteurs en cause afin d'obtenir une amélioration de la situation ?
- Quelles solutions ont été préconisées au sein de l'opinion publique pour venir à bout du problème ?
- A-t-on adopté à l'échelon des cantons ou au sein d'États comparables des solutions, voire des réglementations concrètes, pour faire face au problème ou à l'état de fait en cause ? Dans l'affirmative, quelles sont-elles (étude de droit comparé) ?
- Existe-il dans d'autres domaines des problèmes similaires ? Comment les a-t-on résolus ?
- Quels sont les instruments d'action possibles (voir *ch. 827 ss*) ?
- Existe-t-il certaines approches et stratégies qui se prêtent particulièrement bien à résoudre les problèmes en cause ? Par exemple : des stratégies relevant de l'économie de marché, c'est-à-dire la création de (nouveaux) marchés qui fonctionnent, des stratégies de droit privé (par exemple, instauration de nouveaux droits subjectifs et moyens de recours), des stratégies d'interdiction et de répression pénale, des stratégies pédagogiques (faire de l'État un modèle, créer des labels, conduire des campagnes d'information, etc.), enfin, des stratégies partenariales (collaboration entre secteur public et secteur privé) ?

Écarter les solutions les moins appropriées

146 Un examen sommaire permet, généralement, d'écarter certaines solutions, notamment :

- parce qu'elles sont disproportionnées (il existe d'autres solutions adaptées qui auraient des répercussions moins lourdes pour les destinataires)
- parce qu'elles apparaissent moins efficaces
- parce que trop onéreuses
- parce qu'elles posent d'épineux problèmes sous l'angle juridique (incompatibilité avec d'autres solutions déjà en vigueur, nécessité de réviser la Constitution, par exemple),
- parce que trop rigides, par exemple parce qu'elles sont trop axées sur une mise en œuvre technique spécifique et ne sont donc pas assez ouvertes sur l'avenir (v. ch. *698 ss*, notamment *701* sur la relation entre le niveau normatif, la densité normative et la flexibilité/neutralité technologique),
- parce qu'elles ont peu de chances d'obtenir un consensus.

Combiner les solutions lorsqu'elles s'y prêtent et développer des variantes

147 Il est possible de faire évoluer comme suit les solutions qui ont été identifiées :

- regrouper celles dont les effets se complètent ou se renforcent mutuellement. Il peut s'agir également de solutions qui doivent être mises en œuvre dans un

ordre logique (par exemple, les solutions les moins incisives au début, suivies des solutions plus rigoureuses pour le cas où les premières seraient trop peu efficaces) ;
- traiter les solutions ou les ensembles de solutions qui s'excluent mutuellement comme des alternatives qu'il convient d'opposer les unes aux autres ;
- regrouper par sous-variantes les solutions qui peuvent être concrétisées sous différentes formes.
- Les concepts réglementaires qui correspondent aux conditions actuelles (par exemple techniques, informatiques) mais ne sont pas suffisamment ouverts sur l'avenir peuvent être conçus pour être plus ouverts tout en préservant le principe de légalité (exigences en matière de précision)..

Résultat

On dispose maintenant d'un inventaire des solutions théoriquement adéquates. Celui-ci constituera un élément du chapitre « Appréciation de la solution retenue » du rapport explicatif puis du message. *148*

Évaluer les solutions et procéder à leur sélection

Généralités

Il s'agit maintenant d'évaluer jusqu'à quel point les solutions théoriquement adéquates permettent d'atteindre les objectifs identifiés et quels effets on peut en attendre. À la lumière des résultats de cette appréciation, on sélectionne les mesures à prendre ou les règles à adopter. *149*

À ce stade, les solutions qui ont été sélectionnées ne sont pas encore rédigées sous forme de normes législatives. Cette opération n'interviendra que lors de la phase suivante (avant-projet et rapport explicatif, v. *ch.170 ss*). *150*

Il est recommandé de prendre connaissance dès ce stade des directives du Conseil fédéral concernant l'examen préalable des risques et l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles en cas de traitement de données personnelles par l'administration fédérale. *151*

Étapes

Situation de départ

Les objectifs à atteindre ont été identifiés. Il en va de même des solutions qui semblent théoriquement propres à remédier aux problèmes. *152*

Détermination des critères d'appréciation

À la lumière des objectifs qui ont été identifiés (v. *ch.118*), il s'agit de définir les critères qui seront déterminants dans l'évaluation des différentes solutions. Il y a lieu de veiller à ce que cette évaluation prenne en compte, dans toute la mesure du possible, tous les facteurs pertinents, y compris ceux qui ont une portée géné- *153*

rale (notamment l'efficacité, l'efficience, l'aptitude à la mise en œuvre, l'acceptabilité politique) ainsi que les conditions-cadre (notamment la nécessité, la proportionnalité, les incidences sur les droits fondamentaux (art. 35 Cst.), les conséquences du projet (voir *ch. 178 ss.*), les coûts, les incidences sur l'effectif du personnel, la charge administrative, la subsidiarité, etc.). Si l'objet de la réglementation évolue relativement rapidement (par exemple dans le domaine informatique), il faut accorder une attention particulière à ce que la réglementation soit ouverte sur l'avenir, dans les limites du principe de légalité (exigence de précision v. ch. *698 ss.*, notamment *701*). Il importe également de prendre en considération les impératifs de l'économie (notamment des PME, auxquelles il convient d'imposer des charges administratives et des restrictions à la liberté d'entreprendre aussi restreintes que possible), de la société (renforcement de l'intégration sociale, améliorations de la santé et de la sécurité publiques, renforcement de la solidarité intra- et intergénérationnelle, etc.) et de l'écologie (réduction des nuisances) ainsi que d'autres aspects, tels que l'égalité entre femmes et hommes et la protection des données. Cette prise en compte permet également d'identifier les effets collatéraux (qu'ils soient positifs ou négatifs) des différentes solutions.

Appréciation des solutions (évaluation prospective)

154 Pour procéder à une sélection parmi les différentes solutions, on dispose de diverses techniques, les unes plus formalisées que les autres. Toutes présentent des points forts et des points faibles. Aussi gagne-t-on à les combiner.

155 Les techniques moins formalisées reposent sur une connaissance précise du mode de fonctionnement des solutions envisageables. Ce mode de fonctionnement est analysé systématiquement et donne lieu à une description par écrit (pouvant être complétée par un schéma). La comparaison systématique des modes de fonctionnement des différentes solutions envisageables permet également de mettre en lumière les avantages et les inconvénients de chacune d'elles. L'évaluation n'obéit pas entièrement à une démarche systématique. Elle porte aussi sur les expériences réalisées sur le champ d'intervention, sur les instruments prévus, sur les autorités chargées de l'exécution, sur les destinataires de la norme, etc. (qu'il s'agisse d'expériences personnelles ou d'expériences consignées dans des rapports d'activité, des rapports ou des synthèses d'évaluation, par exemple).

156 Les techniques formalisées comportent une évaluation systématique, souvent même une quantification des coûts et de l'utilité des différentes solutions envisageables.

157 L'appréciation ne doit pas reposer sur une conception abstraite de l'adéquation et du mode de fonctionnement des solutions ; elle doit plutôt être guidée par des informations aussi réalistes que possible, fondées sur des données probantes et permettant de se faire une idée de la viabilité des scénarios envisagés. Il est d'ailleurs souvent nécessaire d'aller « sur le terrain » afin de recueillir les informations nécessaires à l'analyse d'impact de la réglementation. Par exemple, les interviews

avec des représentants des milieux de l'entreprises, des milieux académiques ou des associations, ou des sondages auprès des autorités cantonales donnent souvent des résultats intéressants et permettent d'améliorer la qualité de l'évaluation prospective. Des enseignements peuvent également être tirés d'une communication publique intensive (v. ch. 70) pour évaluer les effets possibles.

Affiner certaines solutions

À la lumière des résultats de la première évaluation, il est possible d'affiner et d'amender les solutions qui semblent les plus prometteuses ou de revoir les combinaisons de solutions pour les améliorer. Si nécessaire, on peut également créer des sous-variantes. Dans cette étape, en particulier pour les projets complexes, il est recommandé de réviser l'analyse d'impact (évaluation prospective) effectuée lors de l'étape précédente, afin de préciser ou de quantifier les conséquences qui ont été identifiées auparavant. *158*

Résultat

La ou les solutions sur lesquelles portera l'esquisse d'acte normatif ont été choisies. Il est possible de tirer de l'appréciation des solutions des éléments qui seront utiles pour la rédaction des chapitres « Appréciation de la solution retenue » et « conséquences » du rapport explicatif puis du message. *159*

Planifier et réaliser une analyse d'impact de la réglementation (AIR)

Définition

L'AIR est l'instrument qui permet d'étudier et de présenter les conséquences économiques des projets de la Confédération. *160*

Fonction

L'AIR a pour objectif d'examiner de manière systématique la nécessité d'une réglementation, les autres possibilités d'action, les effets attendus et la faisabilité du projet. Le processus AIR accompagne la procédure législative et doit être engagé le plus tôt possible. Le Quick-Check (formulaire) doit être appliqué précocement à tous les projets de loi, dans l'idéal parallèlement au cycle de résolution des problèmes. Il fournit une estimation approximative des principaux éléments de l'AIR et permet de déterminer la nécessité d'une analyse plus approfondie ; il sera joint au premier co-rapport (par exemple avec une note de discussion visant à clarifier l'orientation du projet) au plus tard à l'ouverture de la procédure de consultation.
Des analyses supplémentaires peuvent se révéler nécessaires en fonction de l'importance du projet. Les résultats de ces analyses sont présentés dans la proposition du Conseil fédéral, dans le rapport explicatif destiné à la consultation et dans le message.

Moyens auxiliaires

Manuel AIR

Checklist AIR

Élaborer une esquisse d'acte normatif

Généralités

Définition

161 L'esquisse d'acte normatif définit dans les grandes lignes le contenu de l'acte, présente, dans la mesure du possible, des variantes de la solution choisie et contient des explications portant sur les points principaux réglés par l'acte. En revanche, elle ne comporte pas encore de texte normatif rédigé.

Fonction

162 L'élaboration de l'esquisse d'acte normatif est une phase importante qui s'intercale entre la définition des contenus normatifs essentiels et la rédaction proprement dite des normes. Cet instrument a deux fonctions :

- du point de vue de la méthode, il constitue une base structurée pour la rédaction du texte normatif ;
- du point de vue du pilotage, il permet à la direction de l'office de définir les grandes lignes à suivre sur le plan matériel et formel et de prendre les décisions de principe qui s'imposent.

163 En règle générale, l'élaboration de l'esquisse d'acte normatif incombe à l'entité chargée du projet législatif (office, groupe de travail, commission d'experts).

164 Lorsqu'un rapport a été élaboré par un groupe de travail ou une commission d'experts, il contient en principe des éléments qui pourront être réutilisés lors de l'élaboration de l'esquisse de l'acte normatif.

165 Lorsque les modifications à apporter à la législation existante sont mineures, que l'autorité supérieure n'a pas véritablement à définir de grandes lignes à suivre sous l'angle de la technique législative ou que le contenu de l'acte est largement prédéterminé (par exemple, par le droit de rang supérieur ou par des injonctions du Parlement), il est possible de simplifier ou d'abandonner l'esquisse d'acte normatif.

Moyens auxiliaires

- Directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice

Étapes

Situation de départ

166 Les problèmes ont été identifiés, les objectifs à atteindre sur le plan juridique définis et les contenus essentiels de la réglementation à édicter fixés. La planification du projet est achevée.

Élaboration de l'esquisse d'acte normatif

167 L'esquisse d'acte normatif traite notamment les points suivants :

- Niveau normatif et place dans la systématique (v. ch 698 ss): l'esquisse d'acte normatif définit, à titre de proposition, le niveau auquel il y a lieu de légiférer (ici : au niveau de la loi) et les bases juridiques sur lesquelles l'acte législatif se

fondera. En outre, elle détermine jusqu'à quel point le législateur peut éventuellement charger une autorité inférieure (par exemple, une des unités administratives subordonnées au Conseil fédéral) de certaines tâches par des normes de délégation. Elle définit également dans quel acte existant il y a lieu d'intégrer la nouvelle réglementation ou s'il est nécessaire d'adopter un nouvel acte ou de modifier des dispositions qui existent déjà. En l'occurrence, il s'agit donc avant tout d'élucider comment intégrer les nouvelles normes dans la législation existante.

- Présentation du cadre normatif et forme de l'acte : quels actes normatifs en vigueur doivent être pris en compte et éventuellement adaptés ou abrogés ? L'acte à élaborer doit-il prendre la forme d'une nouvelle loi, d'une révision totale ou partielle d'un acte existant, d'un acte modificateur unique regroupant plusieurs modifications de lois (*Mantelerlass*) ?
- Grands traits de la structure de l'acte : brève motivation de la structure ; chapitres, sections, etc. ; présentation des dispositions générales (objet, but, champ d'application, définitions, etc.) ; principaux articles du corps principal de l'acte dans un ordre cohérent ; mention des dispositions finales (exécution, abrogation et modification d'autres actes, dispositions transitoires, entrée en vigueur, etc.). Les articles ne sont pas rédigés ; on en énumère les titres, avec si nécessaire quelques mots en décrivant le contenu.
- Densité normative : quelle est la densité normative nécessaire, compte tenu du principe de précision de la base légale (principe de légalité), en fonction également du niveau normatif (v. ch. 698 ss, en particulier 701) ? Il faut également laisser aux cantons une marge de manœuvre pour mettre en œuvre le droit fédéral (art. 46, al. 3, Cst.) et prendre garde au partage des tâches entre les autorités qui édictent et celles qui disent le droit (adéquation fonctionnelle).
- Présentation synthétique du contenu normatif : champ d'application personnel et matériel de l'acte, droits et obligations, institution d'organes étatiques, avec leurs tâches et attributions, règles de procédure, etc. Il suffit de les présenter en quelques mots.
- Commentaire des propositions : motivation des contenus normatifs proposés, du niveau législatif choisi, du degré de détail de la réglementation et des variantes.
- Conséquences de la réglementation en ce qui concerne les ressources humaines et financières et en matière informatique, pour tous les acteurs concernés (en particulier le secteur privé et les autorités fédérales, cantonales et communales) et répercussions du projet sur l'économie, la société et l'environnement.
- Variantes à discuter : description et appréciation d'autres options matérielles (autre contenu, notamment concernant le champ d'application et l'efficacité) et formelles (choix entre nouvelle loi, révision totale, révision partielle).

Approbation de l'esquisse d'acte normatif

168 L'autorité compétente (par exemple direction de l'office, chef de département) approuve l'esquisse d'acte normatif.

Résultat

169 On dispose maintenant d'une esquisse d'acte normatif qui a été approuvée.

Avant-projet et rapport explicatif

Rédiger l'avant-projet

Généralités

Définition et fonction

170 L'avant-projet revêt la forme d'un texte législatif. Il est accompagné d'un rapport explicatif. Les deux documents sont soumis à l'appréciation des destinataires de la procédure de consultation qui suivra.

Moyens auxiliaires :

- Pour l'élaboration de l'avant-projet et du rapport explicatif, on se référera aux moyens auxiliaires utilisés pour les projets de lois et de messages (v. *ch.244*).

Assistance

171 La rédaction de l'avant-projet exige le concours de spécialistes de différentes disciplines. Sur le plan juridique, l'assistance leur est fournie par des membres du service juridique de l'office ou du département et, subsidiairement, par des juristes de l'Office fédéral de la justice ou de la Chancellerie fédérale.

172 La rédaction de l'avant-projet et celle du rapport explicatif sont présentées ici comme des étapes successives. Mais il va de soi qu'elles sont souvent menées simultanément.

Étapes

Situation de départ

173 L'esquisse d'acte normatif existe et a été approuvée. Elle constitue la base sur laquelle s'appuiera la rédaction du texte normatif.

Structuration

174 La matière normative doit, dans la mesure du possible, être structurée selon des critères logiques (v. *ch. 594 ss.*).

Formulation

175 Les normes peuvent soit être directement élaborées en deux, voire trois langues officielles (rédaction parallèle) soit, tout d'abord, en une seule langue. Dans ce cas, elles sont ensuite traduites dans les autres langues officielles. La confrontation des versions linguistiques permet de mettre en évidence et de clarifier les ambiguïtés et les imprécisions.

Traduction

La traduction dans les deux autres langues officielles doit être contrôlée par des juristes et par des spécialistes de la matière traitée, à moins qu'ils ne s'en soient chargés eux-mêmes. Les spécialistes de la matière traitée n'étant pas toujours rompus à la traduction, il peut être utile qu'ils fassent contrôler leur texte sous l'angle stylistique par un linguiste. 176

Résultat

On dispose maintenant d'un avant-projet rédigé élaboré selon les règles (v. *ch. 244)* 177

Évaluer les effets probables de l'avant-projet

Généralités

Situation de départ

Les effets probables de la législation sont les changements qu'elle est supposée induire pour les autorités d'exécution (par exemple, incidences sur les finances et les ressources humaines, prestations à fournir) et pour les destinataires des normes et l'impact qu'elle aura sur l'économie, la société et l'environnement. 178

L'évaluation prospective des effets de la législation sert à vérifier l'adéquation de l'avant-projet, à y apporter des améliorations (au cas où l'on aurait constaté des lacunes) et à rédiger le rapport explicatif (v. *ch.193*). 179

À moins que la non-réglementation soit exclue pour des raisons d'ordre juridique, les conséquences d'une éventuelle décision de renoncer à légiférer doivent également être présentées. Le rapport doit cependant se concentrer sur les conséquences du projet. Les explications qui suivent sont donc centrées sur cet aspect. 180

Bases légales et moyens auxiliaires

181

- Art. 141 de la loi sur le Parlement (LParl ; RS 171.10) ;
- Art. 4 et 5 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE ; RS 930.31) ;
- Aide-mémoire relatif aux messages du Conseil fédéral : voir les explications de la let. A (Schéma général), ch. 3 (Conséquences) ;
- Directives du Conseil fédéral concernant l'analyse d'impact de la réglementation applicable aux projets législatifs de la Confédération (Directives AIR ; FF 2024 664) ;
- Outils de travail du Bureau de l'égalité concernant l'analyse d'impact sur l'égalité entre femmes et hommes des projets législatifs.
- Documents de l'OFJ pour l'évaluation préliminaire des risques et pour l'analyse d'impact sur la protection des données.

Ces textes valent, en particulier, pour les messages, les documents mis en consultation et les propositions au Conseil fédéral relatives à des ordonnances.

Assistance

182 Le SECO (Direction de la politique économique, Analyse et politique de la réglementation, www.seco.admin.ch/air) conseille les services de l'administration dans la préparation et l'exécution des analyses d'impact de la réglementation.de la réglementation.

Étapes

Situation de départ

183 On dispose d'un avant-projet rédigé.

Évaluation des effets (évaluation prospective détaillée)

184 Les effets du projet d'acte législatif doivent être évalués et présentés dans un rapport explicatif, conformément à l'Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral. De plus, les Directives du Conseil fédéral concernant l'analyse d'impact de la réglementation applicable aux projets législatifs de la Confédération et le Manuel AIR doivent être utilisés pour estimer les conséquences économiques. Plus concrètement, il faut par exemple évaluer :

- comment l'acte législatif sera mis en œuvre et quel niveau étatique est concerné (Confédération, cantons, communes) ;
- quels acteurs seront directement ou indirectement concernés et en quoi leur comportement sera modifié ; les coûts de la réglementation pour les entreprises doivent également être évalués, conformément à l'art. 5 LACRE ;
- quels seront les effets – positifs et négatifs – sur l'économie, la société, l'environnement, ou l'égalité entre femmes et hommes, par exemple ;
- quels seront les coûts, qui comprennent non seulement les incidences financières sur les budgets de la Confédération, des cantons et des communes, mais encore les coûts économiques (par exemple, les frais occasionnés par le dépôt de demandes, les investissements nécessaires dans des solutions technologiques ou encore les frais de formation, lorsque celle-ci est nécessaire pour appliquer correctement des prescriptions exigeantes ou des outils technologiques).

Réduire les incertitudes quant aux effets collatéraux

185 Il importe de veiller à ce que l'évaluation des effets ne soit pas seulement axée sur une situation idéale imaginée par l'office compétent. En d'autres termes, il y a lieu de prendre aussi en compte le point de vue et les intérêts spécifiques des autorités d'exécution, des destinataires des normes et des autres acteurs concernés. Cette façon de procéder permet de juger de la manière dont ils réagiront et des changements de comportement indésirables provoqués par la norme, susceptibles, selon les circonstances, de compromettre l'impact de l'acte législatif.

Il peut, parfois, se révéler utile de tester la viabilité de projets d'actes législatifs avec les acteurs concernés, à la faveur de simulations ou de tests pratiques appliqués à des situations ou à des cas réalistes. *186*

Souvent, pour que des mesures déploient les effets escomptés, il faut que certaines conditions générales soient réunies. Soumettre une mesure à différents scénarios dans le cadre d'une simulation théorique ou modélisée permet de cerner plus facilement les risques que comporte la solution choisie.

À ce stade, il convient d'examiner (derechef) si l'utilité de l'acte législatif (autrement dit la mesure dans laquelle il permet d'atteindre les objectifs fixés et les effets secondaires positifs qu'il exercera sur d'autres objectifs) est plus importante que les coûts. Dans cette analyse, il y a lieu de prendre en compte les aspects matériels et immatériels, quantifiables et non quantifiables, chiffrables et non chiffrables en francs. Si le rapport coût-utilité de la réglementation envisagée est n'est pas favorable, on peut être amené à renoncer au projet législatif lui-même. *187*

Amender l'avant-projet à la lumière des résultats de l'évaluation des effets

S'il est prévisible que les effets de l'acte législatif présenteront des lacunes, par exemple parce que la réglementation manque d'efficacité ou d'efficience, il convient de remanier l'avant-projet. Si le résultat de l'évaluation des effets laisse présager que les mesures prévues ne permettront pas d'atteindre les objectifs fixés, il faut soit choisir des mesures plus incisives, soit fixer des objectifs moins hauts, cette dernière solution obligeant à modifier l'article consacré au but de l'acte législatif et le commentaire de l'avant-projet. *188*

Tenir compte des inévitables incertitudes qui planent sur les effets de l'acte législatif

Si, en dépit de l'évaluation des effets, il subsiste de grandes incertitudes quant à l'impact réel des normes envisagées (par exemple parce qu'elles prévoient de nouveaux moyens d'action ou de nouvelles solutions techniques), on peut profiter de la procédure de consultation (v. *ch.198*) pour obtenir les connaissances qui font défaut: L'office compétent peut inviter les autorités d'exécution, les destinataires des normes et les milieux concernés à lui fournir des indications sur les effets dans la lettre d'information ou sous la forme d'un questionnaire. *189*

Afin de combler les connaissances manquantes, les solutions suivantes sont envisageables : *190*

- limiter le champ d'application de l'acte législatif, pendant une période d'essai, à une région ou à une catégorie de personnes déterminée, si l'on est en droit d'attendre des résultats utiles d'un tel projet pilote et que la Constitution le permet. Si le projet pilote se révèle positif, on étendra ensuite le champ d'application des mesures à l'ensemble du territoire ou de la catégorie de population visée ;
- élaborer un acte législatif à caractère expérimental, c'est-à-dire un acte ayant

une durée de validité limitée et comprenant une clause d'évaluation ; l'acte sera abandonné s'il n'a pas donné satisfaction ; dans le cas contraire, il sera transformé en une réglementation durable ; dans certaines circonstances, des réglementations expérimentales peuvent être prévues à un niveau normatif inférieur ; voir à ce sujet les chiffres *1046* à *1048*;

- inscrire, dans l'acte ayant une durée de validité illimitée, une clause d'évaluation ou une obligation d'établir des rapports. On trouvera des informations sur les clauses d'évaluation en consultant la page Web de l'Office fédéral de la justice intitulée Documents relatifs à l'évaluation de l'efficacité ;
- si l'incertitude ne concerne pas des points importants que le législateur doit impérativement réglementer (cf. art. 164, al. 1 Cst. et v. ch. *698s*.), mais plutôt des questions de détail ou de mise en œuvre ou des aspects pour lesquels les destinataires peuvent demeurer autonomes, il se justifie de conserver cette autonomie et de laisser ces questions ouvertes dans la réglementation. Il convient alors de clarifier si les points laissés ouverts doivent être réglémentés au niveau de l'ordonnance afin de répondre à l'exigence de précision de la législation, ou si au contraire le législateur peut et doit s'abstenir de réglementer . Si des dispositions sont nécessaires au niveau de l'ordonnance, il convient de déterminer si elles nécessitent ou non une norme de délégation dans la loi (v. ch. *703* ss). Le rapport explicatif ou plus tard le message du Conseil fédéral devraient présenter les réflexions sur ces points.

Résultat

191 On dispose maintenant d'un document écrit (éventuellement accompagné d'éléments d'information détaillés) qui donne une image réaliste et transparente des effets présumés (positifs et négatifs) de l'avant-projet et qui indique les bases sur lesquelles repose l'évaluation de ces effets.

192 Ce document servira de base pour la rédaction des chapitres « Appréciation de la solution retenue » et « Conséquences » du rapport explicatif, puis du message.

Rédiger le rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet

Généralités

Définition et fonction

193 Le rapport explicatif contient une présentation de l'objet, un commentaire de l'avant-projet et en présente les conséquences et les liens avec le programme de la législature ainsi que les principaux aspects juridiques. Il sert à informer les destinataires de la consultation de la teneur et de la portée de l'avant-projet.

Bases légales et directives déterminantes

Les directives applicables à l'élaboration des messages et au projet de loi (v. *ch. 244)* valent aussi, dans une large mesure, pour l'élaboration du rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet (et, par analogie, pour la rédaction des explications qui figurent dans les propositions adressées au Conseil fédéral ou au département). Le rapport explicatif doit être conçu de telle sorte que l'on puisse en reprendre des extraits aussi larges que possible dans le message du Conseil fédéral. *194*

Étapes

Situation de départ

L'avant-projet est prêt. *195*

Les étapes précédentes (notamment, la définition du problème, la recherche de solutions, l'évaluation des solutions et l'évaluation prospective des effets) ont permis de produire des textes qui peuvent être intégrés dans le rapport explicatif.

Finalisation du rapport explicatif

Les différents textes existants doivent être fondus en un seul document ; on veillera à combler les lacunes (en ajoutant, notamment, le commentaire des dispositions de l'avant-projet). *196*

Résultat

L'avant-projet et le rapport explicatif sont prêts. *197*

Procédure de consultation

Généralités

Fonction

La procédure de consultation vise à associer les cantons, les partis politiques, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne œuvrant à l'échelle nationale, les associations faîtières de l'économie et les milieux intéressés au processus de décision des autorités fédérales. *198*

Elle permet de déterminer si des projets de la Confédération sont pertinents quant au fond, s'ils sont exécutables et s'ils ont des chances d'être acceptés. Au surplus, elle est un moyen de faire appel aux connaissances de spécialistes et d'informer les milieux concernés des mesures prévues. *199*

Les résultats de la consultation offrent une base de décision au Conseil fédéral. *200*

Bases légales et moyens auxiliaires

- Art. 147 Cst. (RS 101) ; *201*
- Loi sur la consultation (LCo ; RS 172.061) ;
- Ordonnance sur la consultation (OCo ; RS 172.061.1) ;

- Page «Procédure de consultation » de la Chancellerie fédérale (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Rôle de la Chancellerie fédérale

202 La Section du droit de la Chancellerie fédérale est le service responsable des consultations. Elle répond aux questions des offices et tient une liste des organismes qui doivent toujours être consultés.

203 La Chancellerie fédérale publie tous les dossiers de consultation de l'administration fédérale sur son site Internet.

204 C'est à elle qu'il incombe de vérifier que la procédure se déroule dans les règles et que les dossiers sont complets. Il faut donc lui envoyer ces derniers avant l'ouverture de la consultation. La Chancellerie fédérale doit aussi être consultée lorsque l'on entend renoncer à mener une consultation (art. 3*a* LCo).

Étapes et options

Examiner la nécessité d'ouvrir une procédure de consultation

205 Les actes suivants doivent obligatoirement être soumis à une consultation (art. 3, al. 1, LCo) :

- les modifications de la Constitution ;
- les lois et modifications de loi au sens de l'art. 164, al. 1, let. a à g, Cst ;
- les traités internationaux qui sont soumis ou sujets au référendum au sens des art. 140, al. 1, let. b et 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., ou qui touchent des intérêts essentiels des cantons ; voir Foire aux questions relative au droit de la consultation révisé, ch. 7, à consulter sur intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Procédure de consultation (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale) ;
- les ordonnances et autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- les autres ordonnances et projets qui touchent particulièrement les cantons ou dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

206 Néanmoins, il peut y avoir des raisons objectives de renoncer à une procédure de consultation (*voir ch. 205*) si :

- le projet porte sur l'organisation ou les procédures des autorités fédérales, ou bien sur une limitation de leurs compétences ;
- aucune information nouvelle n'est à attendre de la consultation (par exemple parce que l'on connaît déjà la position des milieux intéressés).

207 À l'inverse, il peut s'avérer utile de mener une consultation sur un projet qui ne remplit pas les conditions de l'art. 3, al. 1, LCo (*voir ch. 205*).

Planifier la procédure de consultation

La consultation doit s'étendre sur au moins trois mois. Ce délai est prolongé de manière à tenir compte des vacances et des jours fériés, mais aussi du contenu et de l'importance du projet (voir art. 7, al. 3, LCo). Si le projet ne souffre aucun retard, on peut exceptionnellement raccourcir le délai (art. 7, al. 4 LCo), en justifiant par écrit cette mesure à l'adresse de l'autorité qui ouvre la consultation, de la Chancellerie fédérale et des destinataires de la consultation (art. 4, al. 1, 4*a* et 9, al. 1, OCo). *208*

Il y a lieu de planifier suffisamment tôt et de manière réaliste le temps nécessaire : les consultations représentent une charge de travail non négligeable pour l'administration fédérale (en règle générale, la documentation nécessaire est assez volumineuse et elle doit être établie dans les trois langues, d'où la nécessité de prévoir des délais suffisants pour la traduction) et ses destinataires. *209*

Définir le cercle des destinataires

A priori, tout un chacun peut s'exprimer et présenter un avis au cours d'une consultation, même sans avoir été sollicité. *210*

Il est impératif de consulter : *211*

- les gouvernements cantonaux ;
- les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ;
- les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national ;
- les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national ;
- les autres milieux et, éventuellement, d'autres institutions ou organismes concernés par le projet : des commissions extraparlementaires et des organisations n'appartenant pas à l'administration fédérale (par exemple les entités de la Confédération devenues autonomes telles que RUAG, Skyguide, les CFF, la Poste, Swisscom). Si un projet concerne la procédure devant le Tribunal fédéral ou devant une autre autorité judiciaire de la Confédération, le Tribunal fédéral et, si elle est concernée, l'autre autorité judiciaire sont invités à exprimer leur avis (art. 11, al, 1, OCo). Si un projet concerne le statut, l'organisation ou l'administration du Tribunal fédéral ou d'une autre autorité judiciaire de la Confédération, ceux-ci sont invités à se prononcer avant l'ouverture de la procédure de consultation dans le cadre d'une audition. Ils sont de nouveau invités à se prononcer lors de la procédure de consultation (voir art. 11, al. 2 OCo).

La Chancellerie fédérale tient une liste des organisations qui sont systématiquement consultées. *212*

Les unités de l'administration centrale ou décentralisée sont invitées à s'exprimer lors de la consultation des offices et de la procédure de co-rapport. *213*

Ouvrir la procédure de consultation

214 L'« ouverture » de la procédure de consultation est en fait l'autorisation donnée à l'unité administrative compétente de mener la procédure de consultation.

215 La procédure de consultation est ouverte (art. 5 LCo) :

- par le Conseil fédéral, pour les projets qui sont obligatoirement soumis à une consultation (art. 3, al. 1, LCo, *voir ch. 205*) ;
- par le département compétent ou par la Chancellerie fédérale, pour les projets qui ne sont pas obligatoirement soumis à une consultation (art. 3, al. 2, LCo) ;
- par un service administratif, si c'est à lui qu'appartient le pouvoir de légiférer dans le domaine concerné ;
- par la commission parlementaire compétente, si le projet émane du Parlement.

216 Il convient d'abord d'inviter dans une consultation des offices non seulement ceux qui sont concernés sous l'angle matériel, mais encore ceux qui assument des tâches transversales (v. *ch. 18 ss.*). À ce stade, l'avant-projet est disponible en allemand et en français.

217 La procédure de co-rapport est ensuite introduite. Les documents suivants sont transmis au Conseil fédéral ou au département (art. 7 OCo) :

- la proposition d'ouvrir la procédure de consultation (avec le dispositif de la décision) ;
- le projet mis en consultation et le rapport explicatif (en français et en allemand) ;
- dans le cas d'un acte modificateur, une vue d'ensemble des modifications prévues par rapport au droit en vigueur (tableau synoptique) ;
- si disponible : rapport d'analyse d'impact de la réglementation (en français ou en allemand) ;
- éventuellement le questionnaire (en français et en allemand) ;
- la lettre d'information à l'attention des destinataires (dans les trois langues) ;
- la liste des destinataires de la consultation ;
- le communiqué de presse (en français et en allemand).

Tous les documents destinés à la consultation doivent être disponibles dans les trois langues officielles au plus tard le jour de la décision du Conseil fédéral. Dans le cas d'un traité international, le projet mis en consultation et le rapport explicatif peuvent, s'il y a urgence, être rédigés dans une ou deux langues officielles uniquement (art. 7, al. 3, OCo).

Forme du dossier

218 Les destinataires (*voir ch. 210 ss*) reçoivent une *lettre d'information*, adressée aux cantons, aux tribunaux (au cas où ils sont invités à participer), et aux autres participants à la consultation. La lettre d'information aux cantons est adressée à la chancellerie d'État ou au gouvernement cantonal, à l'exclusion de tout autre service de l'administration cantonale. Le canton veille à la coordination au sein de ses

organes (rapport du groupe de travail commun Confédération-cantons du 13 février 2012 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », recommandation 5, p. 36).

Sont joints à cette lettre l'avant-projet de *loi* et un *rapport explicatif*. Conformément à l'art. 6*a* LCo, le rapport doit suivre pour l'essentiel le plan des messages (aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral ; voir ch. *244*). *219*

Le dossier peut également comporter un *questionnaire* : dans la lettre, il est possible de mentionner les points essentiels sur lesquels il est particulièrement souhaitable que les destinataires se prononcent, en particulier des aspects spécifiques de la mise en œuvre de la loi et de ses effets (*ch. 178 ss*; voir rapport du groupe de travail commun Confédération-cantons du 13 février 2012 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », recommandation 5, p. 36). Les avis ainsi recueillis pourront être repris dans le message (notamment dans le chapitre « Mise en œuvre »). Les destinataires peuvent également être expressément invités à proposer d'autres options ou des solutions appliquées au niveau cantonal, les questions posées devant être formulées de manière neutre et ouverte. *220*

En règle règle générale, il suffit de mentionner les questions habituelles, auxquelles les participants à la consultation répondront sous forme de texte libre. *221*

À l'occasion, il peut y avoir un sens à prévoir dans le questionnaire des champs pour les réponses, soit sous forme de texte libre, soit sous forme de cases à cocher. Un tel document, bien pensé et bien accepté par les destinataires, peut aider à faire par la suite plus facilement la synthèse des avis exprimés. *222*

Si l'on prévoit des cases à cocher, il est le plus souvent utile de laisser une possibilité d'ajouter un commentaire. Il est particulièrement intéressant de recueillir les objections et les idées qui n'avaient pas été anticipées. Il est aussi plus utile de ne pas restreindre la longueur des commentaires, si bien que sur le plan technique, un document Word est plus adapté qu'un PDF ou un formulaire en ligne. *223*

Tous les participants ont le droit de faire part de leur opinion sous la forme qu'ils jugent bonne. Il ne faut donc pas éveiller l'impression que les participants à la procédure de consultation sont tenus d'utiliser le formulaire et seulement le formulaire, qui vise plutôt à faciliter le travail des uns et des autres. *224*

Mener la consultation

L'office fédéral compétent envoie les lettres d'information aux destinataires de la consultation. Celles-ci contiennent uniquement un lien vers la version électronique des annexes à la procédure de consultation. *225*

La Chancellerie fédérale veille à ce que l'ouverture de la procédure de consultation soit annoncée dans la Feuille fédérale. Elle s'assure que le dossier envoyé en consultation est accessible sous forme électronique. *226*

La procédure a lieu par écrit. Conformément à l'art, 7, al. 2, LCo, l'autorité compétente pour le déroulement de la procédure de consultation peut en outre inviter les *227*

milieux intéressés à des séances de travail. Celles-ci font l'objet d'un procès-verbal. Les procès-verbaux de ces séances et les avis des organismes ayant répondu à la consultation sont publiés.

228 Les commissions parlementaires peuvent faire appel aux services de l'administration fédérale pour mener une consultation sur un objet de leur ressort (art. 6 LCo).

Évaluer les réponses et établir un rapport sur les résultats de la consultation

229 L'office compétent établit un recueil des réponses reçues, les synthétise (généralement sous forme de tableau; modèle) et, sur cette base, élabore le rapport sur les résultats de la consultation (voir proposition de structure du rapport). Celui-ci présente sous une forme résumée et de manière claire la teneur des avis recueillis, sans porter d'appréciation sur ceux-ci. Ordinairement, le rapport comprend une première partie qui reflète la tendance générale des avis exprimés, puis d'autres chapitres suivant la structure de l'avant-projet ou l'ordre des articles. Le rapport est établi en trois langues et transmis à la Chancellerie fédérale, qui le publiera sur son site Internet dès que le Conseil fédéral aura pris connaissance des résultats (www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées).

Information du public

Documents accessibles au public

230 Le public a accès :

- au dossier envoyé en consultation ;
- une fois la consultation achevée : aux avis exprimés et aux procès-verbaux en cas de séance avec des organismes consultés ;
- une fois que l'organe qui a ouvert la consultation a pris acte du résultat : au rapport sur les résultats de la consultation.

Pour des raisons de protection des données personnelles, il convient de mentionner la publication des documents dans la lettre d'accompagnement. Les données personnelles qui ne sont pas absolument nécessaires pour identifier l'auteur de la prise de position doivent être anonymisées.

Information au moment de l'ouverture de la consultation

231 L'office compétent rédige un communiqué de presse en accord avec le service d'information du département et la Chancellerie fédérale. Si le projet est très important, une conférence de presse est organisée, menée par le département au lieu de l'office.

232 La Chancellerie fédérale publie le dossier sur sa page Web « Procédures de consultation en cours ». L'office doit donc lui transmettre les fichiers informatiques.

Information après l'établissement du rapport sur les résultats de la consultation

Une fois que l'organe (Conseil fédéral, département, commission parlementaire) a pris acte du rapport sur les résultats de la consultation, l'office informe les destinataires de la consultation, en accord avec le service d'information du département et de la Chancellerie fédérale, en indiquant où consulter le rapport. Il rédige le communiqué de presse et le soumet au service d'information. Des documents sur papier ne sont envoyés qu'exceptionnellement. *233*

Tirer les conclusions des résultats de la consultation

En même temps qu'il élabore le rapport sur les résultats ou après qu'il l'a élaboré, l'office compétent tire les conclusions des avis exprimés. *234*

Ce faisant, il pondère les résultats et les arguments exprimés, par exemple, en fonction de l'importance des incidences de l'avant-projet, de la représentativité ou du poids politique de ceux qui se sont exprimés et compte tenu de l'adéquation matérielle, des possibilités de mise en œuvre et de l'acceptabilité politique des normes proposées. Les avis exprimés par les cantons doivent être tout particulièrement pris en compte lorsqu'il s'agit de questions touchant à la mise en œuvre de dispositions du droit fédéral (voir guide de traitement des consultations de la Conférence des gouvernements cantonaux).

Soumettre une proposition au Conseil fédéral

Consultation ouverte par le Conseil fédéral

L'office compétent consigne ses conclusions non pas dans le rapport sur les résultats de la consultation mais dans une proposition destinée au Conseil fédéral. Deux possibilités s'offrent à lui : soumettre simultanément au Conseil fédéral le rapport sur les résultats de la consultation et le message ou une proposition sur la suite des travaux. Dans la plupart des cas, un message sera soumis au Conseil fédéral avec les résultats de la consultation. *235*

236

Lorsque ces conditions sont réunies...	... il est recommandé de procéder comme suit :
Le projet de loi et le message peuvent être élaborés dans un délai raisonnable. La tendance générale des réponses est claire.	Adresser au Conseil fédéral une proposition à laquelle seront joints le message et le projet de loi. Selon les résultats de la consultation, l'avant-projet est transformé en projet, sans changement ou moyennant des modifications. Il en va de même du rapport explicatif pour l'élaboration du message (v. *ch. 241*). La proposition est accompagnée des documents suivants : • proposition de prendre acte du rapport sur les résultats de la consultation et d'approuver le message et le projet de loi ; • annexes : rapport sur les résultats de la consultation, message, projet de loi, projet de communiqué de presse (dans les trois langues).
Les avis exprimés lors de la consultation sont très partagés ; Il y a divergences de vues au sein de l'administration fédérale ; Il règne une grande incertitude quant à la voie à suivre.	Le Conseil fédéral doit décider de la suite à donner aux travaux. Lui adresser une proposition portant sur les points suivants : • prise de connaissance du rapport sur les résultats de la consultation ; • conclusions à tirer de ce rapport (par exemple, changer certaines orientations, donner un mandat d'examen de points à approfondir) ; • décision de principe (élaborer un message et le projet de loi ou y renoncer, choisir une autre forme de concrétisation, etc.) ; • calendrier des travaux. On soumet au Conseil fédéral les documents suivants : • proposition ; • annexe : rapport sur les résultats de la consultation, communiqué de presse.

237 Le service compétent ouvre la consultation des offices et déclenche ensuite la procédure de co-rapport (v. *ch. 18 ss*).

Consultation ouverte par une autre entité

238 Si la procédure de consultation a été ouverte par un département ou par la Chancellerie fédérale, la marche à suivre est exactement la même.

239 S'il s'agit par contre de l'Assemblée fédérale, le service qui a évalué les résultats de la consultation les présente à la commission parlementaire compétente.

Résultat

240 L'organe compétent :

- a formellement pris acte du rapport sur les résultats de la consultation ;
- a décidé de la suite des travaux (Conseil fédéral : a approuvé le message et le projet de loi ou, s'ils ne lui ont pas encore été soumis, a arrêté la direction à suivre) ;
- a informé le public, voir *ch. 231 ss*.

Si le Conseil fédéral a approuvé simultanément le message et le projet de loi, le dossier est transmis à l'Assemblée fédérale pour qu'elle en délibère.

Message et projet de loi

Généralités

Définition

Le message est le rapport explicatif qui accompagne le projet d'acte législatif que le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale. Les messages accompagnent les projets de modifications constitutionnelles et d'arrêtés fédéraux, de lois et d'ordonnances de l'Assemblée fédérale, de modifications de lois et de modifications d'ordonnances de l'Assemblée fédérale, ainsi que les traités internationaux transmis pour approbation au Parlement. *241*

Exemple de message relatif à une ordonnance de l'Assemblée fédérale :

- Message concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière (FF 2010 7703, 7774).

Fonction

Dans le message, le Conseil fédéral explique au Parlement les objectifs politiques poursuivis et les solutions élaborées, et il motive sa proposition. Le message et le projet d'acte législatif constituent les documents sur la base desquels l'Assemblée fédérale délibérera et arrêtera ses décisions. En cas de référendum, le message servira à informer les partisans et les adversaires du projet sur les objectifs et les contenus de celui-ci. Lorsqu'un acte législatif entre en vigueur, le message est une source précieuse d'information pour l'interprétation des normes (autorités chargées de l'exécution, tribunaux). *242*

Aussi doit-il être rédigé dans une langue de la meilleure qualité possible et structuré selon une systématique claire. En outre, il doit être concis et répondre aux questions d'ordre politique et juridique. Les commentaires des dispositions doivent contenir des précisions facilitant la compréhension et l'interprétation. *243*

Bases légales et directives déterminantes

Art. 141 LParl (RS 171.10). Cette disposition fixe les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les messages quant à leur contenu. Les art. 4 et 5 de la loi sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE ; RS 930.31) doivent également être pris en compte. Les directives et les lignes directrices énumérées ci-dessous définissent les exigences formelles relatives aux messages et aux projets de loi : *244*

- Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral : voir en particulier les différents schémas de message (schéma général, initiative populaire, objet financier, accord de droit international public, cas particuliers) ;
- Directives de la Confédération sur la technique législative ;
- Analyse d'impact de la réglementation ;
- Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles ;

- Procédure CPO ; respecter en particulier les modèles de documents pour les actes normatifs et pour les messages ;
- Instructions sur la présentation des textes officiels en français ;
- Guide linguistique des lois et des ordonnances de la Confédération ;
- Guide pour un usage inclusif du français;
- Aides à la traduction et à la rédaction.

Assistance

245 Les services devant toujours être consultés dans le cadre de la procédure de consultation des offices (v. *ch. 19*) assurent l'assistance pour la préparation des messages. Les responsables du dossier au sein du CPO accompagnent la personne chargée de faire publier un document déterminé à chaque étape du processus et jusqu'à l'octroi du « bon à tirer » en vue de la publication dans la Feuille fédérale ou le Recueil officiel du droit fédéral (v. *ch. 38 ss*).

Information du public

246 Après que le Conseil fédéral a approuvé le projet, il s'agit d'informer le public. Pour les objets de portée mineure, l'information a lieu par écrit : le département compétent rédige un communiqué de presse. Les objets ayant une portée majeure sont, en revanche, présentés lors d'une conférence de presse qui est conduite par le porte-parole du Conseil fédéral et à laquelle participe généralement le chef du département compétent accompagné au besoin par un membre de la direction et un ou des spécialistes de l'office concerné.

Étapes

Situation de départ

247 On dispose du rapport sur les résultats de la procédure de consultation et la suite à donner aux travaux en vue de l'élaboration du message et du projet de loi est clairement définie Il s'agit maintenant de remanier le rapport explicatif et l'avant-projet d'acte législatif pour en faire un message et un projet de loi.

Élaboration du message et du projet d'acte législatif

248 À l'issue de la procédure de consultation et de l'évaluation des avis exprimés, l'avant-projet et le rapport explicatif sont remaniés – compte tenu des résultats de la procédure de consultation et, éventuellement, en collaboration avec les services concernés, les cantons ou certains milieux intéressés – et transformés ainsi en projet de loi accompagné d'un message. Lorsque les projets sont complexes et nécessitent d'importantes modifications, leur remaniement occasionne une charge de travail non négligeable (il s'agit de revoir la teneur et la systématique de l'acte législatif, d'adapter les commentaires des dispositions en conséquence et d'actualiser si nécessaire l'analyse d'impact de la réglementation). Lors du remaniement,

il y a notamment lieu de veiller à ce que :

- le message et le projet d'acte législatif satisfassent à toutes les exigences tant du point de vue matériel que sous l'angle formel (v. *ch. 244*) ;
- pour la consultation des offices, le projet de loi soit disponible en français et en allemand, de façon à permettre son contrôle en parallèle (corédaction) par la commission interne de rédaction (CIR) ; le message n'est, lui, disponible que dans une seule langue officielle ;
- la coordination avec les autres projets en cours d'élaboration ou d'examen parlementaire soit assurée. Il peut être nécessaire d'en tenir compte dans les dispositions finales (« … entre en vigueur seulement lorsque … »). L' Office fédérale de la justice peut fournir une aide à la rédaction des dispositions transitoires compliquées.

Ouvrir la consultation des offices et la procédure de co-rapport sur le message et le projet d'acte législatif

Le message et le projet d'acte législatif sont envoyés en consultation des offices. Celle-ci ne sert pas seulement à éliminer autant que possible les divergences avant que le Conseil fédéral statue, mais encore à compléter certains points que l'on a laissé échapper. *249*

Dans le cadre de la consultation des offices, il y a lieu de soumettre le message et le projet d'acte législatif non seulement aux offices qui sont concernés sous l'angle matériel, mais encore aux services qui doivent être systématiquement consultés et/ou qui assument des tâches transversales (offices transversaux, v. *ch. 18 ss*). *250*

Au plus tard lors de la consultation des offices, le message et le projet d'acte législatif devraient être intégrés dans le système CPO (v. *ch. 18 ss*). *251*

Le service compétent est chargé de veiller à ce que les textes soumis à la consultation des offices soient – après leur remaniement et avant qu'ils soient signés par le chef de département – soumis à un contrôle de qualité par la Chancellerie fédérale (« circuit »). *252*

Après signature de la proposition par le chef de département, la procédure de co-rapport peut être ouverte (v. *ch. 29 ss*). Il y a lieu de soumettre au Conseil fédéral les documents suivants : *253*

- la proposition d'approuver le message et le projet d'acte législatif, en allemand ou en français ;
- le dispositif de décision, en allemand ou en français ;
- les annexes : message et projet d'acte législatif en allemand et en français (la version italienne est mise au point par les services linguistiques des départements et de la Chancellerie fédérale) et projet de communiqué de presse.

Transmettre le dossier à l'Assemblée fédérale

254 Après la décision du Conseil fédéral, le message et le projet d'acte législatif sont transmis à l'Assemblée fédérale. La Chancellerie fédérale est responsable de la transmission au Parlement et de la publication des textes dans la Feuille fédérale.

Cas particuliers

Modifications après la décision du Conseil fédéral

255 Si le Conseil fédéral, après avoir transmis le message au Parlement, peut ou doit y apporter des modifications – par exemple parce que de nouveaux développements se sont fait jour ou que les Chambres fédérales lui ont renvoyé l'objet – il dispose de plusieurs possibilités, fondées sur son droit d'initiative et son droit de proposition (art. 160, al. 2, et 181 Cst.) :

- **Nouveau projet de loi, nouveau message** (avec une proposition de classer le premier objet). Fort de son droit d'initiative, le Conseil fédéral soumet un nouveau message ; cette solution est adaptée si le projet d'acte est tout à fait nouveau et n'a pas de lien matériel avec le premier message. Le Conseil fédéral dispose d'une certaine marge de manœuvre politique à cet égard. Par exemple, le message additionnel du 13 octobre 2010 sur la réforme du gouvernement (01.080 ; FF 2010 7119), par lequel le Parlement s'est vu soumettre des projets entièrement nouveaux, aurait aussi pu prendre la forme d'un nouveau message.
- **Nouveau projet de loi, message additionnel** (avec une proposition de classer le premier objet). Fort de son droit d'initiative, le Conseil fédéral présente un message additionnel accompagnant un nouveau projet de loi si ce dernier a un lien direct avec le message initial. C'est souvent le cas lorsque le Parlement a voté le renvoi du premier objet.

Exemples :

- Message complémentaire sur la réforme des chemins de fer 2, 05.028, FF 2007 2681, 2011 857 ;
- Message complémentaire du 27 octobre 2010 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (« LMSI II réduite »), 07.057, FF 2010 7147.

- **Proposition de modification, message additionnel**. Fort de son droit de proposition, le Conseil fédéral soumet au Parlement des modifications du premier projet de loi, accompagnées d'un message additionnel qui sera publié à la FF. Cette voie est adéquate si les amendements proposés sont d'une telle importance qu'il s'impose de les commenter formellement, afin de permettre d'en reconstituer les motivations et de disposer de documents complets et transparents sur les travaux préparatoires.

Exemples :

- Message additionnel du 21 septembre 2018 sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), 13.094, FF 2018 6163;
- Message additionnel du 4 mars 2016 concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (Intégration), 13.030, FF 2016 2665.

- **Proposition de modification, sans message**. Les modifications mineures qui requièrent néanmoins une décision du Conseil fédéral peuvent être soumises aux Chambres fédérales au cours de la procédure parlementaire sous forme de propositions, sans qu'un message doive être publié.

Procédure extraordinaire

Le Conseil fédéral peut proposer à l'Assemblée fédérale d'ouvrir une procédure extraordinaire pour traiter un message ou un rapport dont l'adoption ne saurait être retardée. Dans cette procédure, les deux Chambres traitent l'objet au cours de la même session. En d'autres termes, l'objet est attribué aux commissions au cours d'une session, puis tant le premier que le deuxième conseil l'examinent lors de la session suivante. La procédure extraordinaire est prévue à l'art. 85, al. 2, LParl. *256*

Le département compétent fait au Conseil fédéral la proposition de requérir la procédure extraordinaire (pour les détails, voir le classeur rouge de la Chancellerie fédérale, disponible seulement sur intranet de l'administration fédérale). *257*

Exemples :

- Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), 20.058, FF 2020 6363; traité par les Chambres fédérales durant la session d'automne 2020 ;
- Message du 29 avril 2020 concernant une modification urgente de la loi sur l'aviation pour cause de pandémie de COVID-19, 20.039, FF 2020 3563; traité par les Chambres fédérales durant la session extraordinaire de mai 2020.

Phase parlementaire

Généralités

Définition et fonction

La phase parlementaire se déroule au sein des commissions parlementaires et des deux conseils de l'Assemblée fédérale. Les délibérations devant les Chambres fédérales est une étape cruciale et particulièrement visible de la procédure législative. *258*

L'administration accompagne les travaux du Parlement par le soutien qu'elle assure au chef du département ou au chancelier. Par ailleurs, elle est à la disposition *259*

des commissions thématiques de l'Assemblée fédérale pour élaborer, à leur demande, des modifications du projet d'acte législatif et le commentaire de celles-ci.

Bases légales et moyens auxiliaires

260
- Art. 148 à 173, en particulier art. 156 et 160, al. 2 Cst. (RS 101) ;
- Art. 44, al. 2, 47, al. 1, 68, 74, 83, 85, 89 à 95, 149, 150, 159 et 160 de la loi sur le Parlement (RS 171.10) ;
- Art. 6 à 8 et 18, al. 2, de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (RS 171.115) ;
- Art. 4 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) ;
- Curia vista (banque de données des Services du Parlement).

Déroulement de la phase parlementaire

261 Les présidents du Conseil national et du Conseil des États déterminent ensemble le conseil qui est prioritaire pour l'examen du projet. La procédure parlementaire se déroule ensuite en quatre étapes.

Examen par le premier conseil

262 La commission du premier conseil chargée de l'examen préalable traite le projet de loi et soumet une proposition à la Chambre dont elle émane. Celle-ci décide en premier lieu si elle entre en matière (art. 74, al. 1, LParl). Si elle vote l'entrée en matière, elle procède à l'examen par article et se prononce sur les propositions d'amendement. Elle passe ensuite au vote sur l'ensemble. Le projet d'acte législatif est alors transmis à la commission du second conseil. Toutefois, si le premier conseil est entré en matière, il peut aussi renvoyer le projet au Conseil fédéral ou à sa commission (art. 75, al. 1, LParl).

263 Si le premier conseil décide de ne pas entrer en matière, le projet d'acte législatif est transmis au second conseil. Si celui-ci, à son tour, n'entre pas en matière, le projet est définitivement abandonné. Notons que s'il entre en matière et que le premier conseil persiste dans son refus, le projet est aussi abandonné.

Examen par le second conseil

264 Le second conseil procède comme le premier (examen préalable en commission, puis débat d'entrée en matière et discussion par article en plénum).

265 S'il décide de ne pas entrer en matière, le projet retourne au premier conseil. Dans le cas contraire, le second conseil peut aussi le renvoyer au Conseil fédéral ou à sa commission.

Élimination des divergences

Si des divergences subsistent entre les deux Chambres à l'issue des délibérations, la procédure d'élimination des divergences s'ouvre. Les décisions divergentes d'un des conseils sont transmises à l'autre pour délibération, jusqu'à ce qu'un accord s'établisse entre eux (art. 89 LParl). La commission compétente, puis la Chambre en plénum examinent les divergences exclusivement. *266*

S'il subsiste des divergences après trois allers-retours, une conférence de conciliation, composée de treize membres des commissions compétentes de chaque Chambre, est réunie (art. 91 ss LParl). Elle émet une proposition de conciliation, qui doit être approuvée par les deux conseils législatifs, sans quoi le projet est définitivement classé (art. 93, al. 2, LParl). *267*

Vote final dans les deux conseils

Le projet d'acte est soumis au vote final de chacune des Chambres fédérales une fois qu'elles en ont achevé l'examen et que la Commission de rédaction du Parlement en a finalisé le texte. Les deux Chambres votent le même jour (en règle générale le dernier jour de la session). *268*

Le projet d'acte a abouti valablement lorsque les deux conseils l'ont approuvé. Si l'un des deux le rejette, il est définitivement abandonné. *269*

Étapes

Situation de départ

Le message et le projet d'acte législatif ont été transmis à l'Assemblée fédérale. *270*

Commission chargée de l'examen préalable

Les séances des commissions parlementaires impliquent l'accomplissement par les collaborateurs de l'office responsable d'un certain nombre de tâches : *271*

- préparer, à l'attention du chef du département, le dossier guide qui contient l'exposé d'entrée en matière et, en règle générale, des notes de discussion et un argumentaire relatifs aux dispositions de l'acte législatif (chaque département détermine le contenu du dossier guide) ;
- s'informer auprès du secrétariat de la commission des propositions d'amendement déposées et préparer l'argumentaire nécessaire au chef du département ;
- si un mandat a été donné par la commission parlementaire, fournir à temps à son secrétariat les documents nécessaires dans les versions allemande et française (avis de droit, notes de service, propositions de formulation, etc.) ;
- si nécessaire, assurer la coordination matérielle avec d'autres projets traités par l'Assemblée fédérale et attirer l'attention sur les adaptations à faire ;

assister le chef du département ou son représentant pendant les séances.

Confidentialité et information du public

272 Les représentants de l'administration respectent la confidentialité des délibérations, des procès-verbaux et des rapports des commissions.
L'information du public relève de la responsabilité des commissions parlementaires.

Appel à des représentants d'autres offices fédéraux

273 L'office fédéral responsable du projet pourvoit, après entente avec les Services du Parlement, à ce que les spécialistes d'autres offices fédéraux concernés, en particulier de l'Office fédéral de la justice, assistent aux séances des commissions lorsqu'elles sont amenées à traiter de problèmes juridiques essentiels et complexes.

Plénum

274 Les collaborateurs responsables assistent aux délibérations, afin d'apporter un soutien au chef de département et au membre compétent de la direction de l'office, et de répondre à leurs questions.

Participation du Conseil fédéral et de l'administration aux délibérations parlementaires

Planification de l'objet

275 La procédure à suivre pendant les délibérations parlementaires est déterminée par les seuls organes du Parlement (notamment, par les Bureaux des conseils, la Conférence de coordination et la présidence de la commission, le secrétariat central, le secrétariat de la commission). Il est, cependant, loisible à l'office fédéral compétent, après entente avec le chef du département ou sur mandat de celui-ci, de faire part de ses réflexions sur la planification de l'objet (par exemple, nécessité de le traiter rapidement ou de le coordonner avec un autre projet dont les Chambres fédérales sont amenées à débattre) au secrétariat de la commission parlementaire compétente. Si cette démarche reste sans effet ou que le projet revêt une portée toute particulière, le chef du département peut adresser à la présidence de la commission ou au Bureau du conseil concerné une lettre pour lui faire part de ses préoccupations. S'il souhaite qu'un objet soit examiné par les deux conseils durant la même session (ce qui est exceptionnel), le Conseil fédéral doit adresser suffisamment tôt sa proposition à la Conférence de coordination de l'Assemblée fédérale.

Droit de proposition

276 Le Conseil fédéral a le droit de faire des propositions relatives à un objet en délibération (art. 160, al. 2, Cst.), droit qu'il peut exercer en s'adressant par écrit à la commission chargée d'examiner l'objet ou en intervenant devant le plénum. Le

chef du département compétent exerce ce droit au nom du collège gouvernemental. Il dispose d'une certaine latitude dans les limites imparties par les décisions préliminaires du collège. Lorsque, sur un point important, le Conseil fédéral n'a pas pris de décisions préliminaires ou que les décisions préliminaires qu'il a prises ne permettent pas de se faire une idée claire de sa position, le chef du département compétent doit lui soumettre ce point avant d'adresser sa proposition au Parlement.

277 Les représentants des offices fédéraux n'ont pas le droit de faire des propositions au sens de l'art. 160, al. 2 Cst. Dans le cadre des délibérations de la commission parlementaire compétente, ils ont toutefois la faculté de s'exprimer sur les propositions déposées par les parlementaires ou de soumettre à celle-ci par écrit (toujours en allemand et en français) des propositions de formulation de normes, que les membres de la commission peuvent reprendre en tant que propositions dans les délibérations de celle-ci.

278 Si, au cours des délibérations parlementaires, il apparaît nécessaire – à la lumière d'études complémentaires, par exemple – d'apporter au projet du Conseil fédéral des modifications qui ne sont pas purement rédactionnelles ni d'une portée technique limitée, on veillera à associer le Conseil fédéral à la préparation de ces modifications avant de les soumettre à l'approbation du Parlement. Cette association pourra revêtir plusieurs formes, par exemple :

- message additionnel à l'Assemblée fédérale (*ch. 255*),
- autorisation donnée au département compétent de préparer et de fournir au Parlement des propositions ad hoc,
- note de discussion au Conseil fédéral, lorsqu'il est prévu de soumettre les propositions en cause aux conseils législatifs par le canal informel d'un parlementaire.

Lorsqu'un projet de loi fait l'objet d'amendements au cours de la procédure parlementaire, il convient d'examiner s'ils impliquent d'importantes modifications de l'impact de la loi, voire de nouveaux effets. Dans l'affirmative, le chef du département ou l'administration attire l'attention de la commission chargée de l'examen préalable sur la nécessité de procéder à des clarifications approfondies ; la commission discute de la nature et de l'ampleur des travaux à entreprendre et émet un mandat en ce sens. Le Conseil fédéral ou le département responsable peuvent également, de leur propre chef, soumettre à tout moment à la commission un rapport sur l'impact du projet. Cette compétence s'impose d'autant plus que lors de la phase suivante, la responsabilité du projet retourne au Conseil fédéral en cas de votation populaire. La mise à jour de l'estimation des coûts de la réglementation doit être communiquée au SECO, responsable du monitoring des charges qui pèsent sur les entreprises (voir art. 5, al. 4, LACRE et art. 5, al. 2^{quater} Org DEFR).

Droits d'information du Parlement

279 Le Parlement dispose à l'égard de l'administration fédérale de droits à l'information dont l'étendue est fonction des personnes ou des organes qui les exercent (membres des conseils législatifs, commissions thématiques, commissions de surveillance, délégations et commissions d'enquête parlementaires). Le droit à l'information des membres du Parlement et des commissions parlementaires est réglé aux art. 150 ss de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10).

Commission de rédaction du Parlement

280 Les représentants de l'office fédéral responsable du projet participent aux séances des sous-commissions de la Commission de rédaction du Parlement. Ils contribuent à vérifier les textes, à en arrêter la version définitive et à s'assurer de la concordance des trois versions et de leur conformité aux règles de la rédaction et de la technique législatives.

Résultat

281 La loi est adoptée par l'Assemblée fédérale.

Phase postparlementaire

Référendum

Définition et fonction

282 Le référendum permet de soumettre un texte normatif à la votation populaire. Le référendum législatif est facultatif: il a lieu si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte (art. 141 Cst.).

Situation de départ

283 La demande de référendum a abouti.

Organisation

284 L'organisation de la procédure relève de la Chancellerie fédérale. L'unité compétente assume néanmoins quelques tâches en relation avec la votation :

- Elle participe, dans le cadre du groupe de travail constitué par la Chancellerie fédérale, à la rédaction de la brochure explicative du Conseil fédéral ; elle en élabore la première ébauche, qui sera ensuite discutée et consolidée par la Chancellerie fédérale. La brochure donne des informations aussi objectives que possible sur le contenu du projet et mentionne les avis minoritaires les plus importants. Le comité référendaire est invité relativement tôt à livrer un bref avis, qui, d'une part, est utilisé dans la discussion et, d'autre part, est intégré dans la brochure, souvent sans modifications.
- Elle assiste le chef du département ou d'autres membres du Conseil fédéral

dans la campagne précédant la votation, par exemple, en rédigeant ses allocutions et un argumentaire (réponses aux critiques prévisibles, etc.).
- Elle fournit parfois à l'intention du public (partis politiques, médias, particuliers) un argumentaire sur le projet.

Information du public

Durant la phase qui précède la votation, les membres du Conseil fédéral expliquent la position de celui-ci sur l'objet du scrutin. À l'issue de la votation populaire, le chef du département compétent s'exprime sur les résultats du vote et répond aux questions des journalistes. *285*

Les lois fédérales déclarées urgentes dont la validité n'excède pas une année ne sont pas sujettes au référendum, si bien que ces tâches d'information n'ont pas lieu d'être. *286*

Édicter les dispositions d'exécution, créer les structures nécessaires

Généralités

Fonction

La préparation des dispositions d'exécution et la mise en place de l'organisation nécessaire à la mise en œuvre permettront l'entrée en vigueur d'un acte législatif et sa concrétisation. *287*

Préparation

En règle générale, les lois fédérales ne sont pas mises en œuvre par la Confédération mais par d'autres instances, en principe les cantons et les communes. Ces derniers doivent souvent concrétiser le droit fédéral dans leurs propres actes législatifs et mettre en place les mesures organisationnelles nécessaires. Le message accompagnant le projet de loi contient de premières indications sur les modalités prévues de la mise en œuvre (art. 141, al. 2, let. d, LParl). *288*

Il convient à cet égard de tenir compte des procédures cantonales (par exemple, du référendum législatif), qui engendrent un besoin important en temps. *289*

Pour garantir que les lois fédérales entrent en vigueur le plus vite possible, l'office compétent soutient les instances d'exécution (non seulement les cantons, mais parfois aussi les conférences intercantonales des directeurs), par exemple de la façon suivante : *290*

- en les informant régulièrement sur l'état des travaux législatifs ;
- en élaborant dès que possible les esquisses d'actes normatifs des ordonnances et les projets d'ordonnances et en les transmettant dès que possible comme information préalable aux autorités d'exécution ;
- en les informant suffisamment tôt, après les avoir si nécessaire consultées, sur la date d'entrée en vigueur ;
- en élaborant des actes législatifs cantonaux d'exécution modèles (en collabo-

ration avec des cantons ou avec des conférences intercantonales des directeurs).

Étapes

Situation de départ

Les dispositions légales sont adoptées, ou du moins il existe un consensus politique sur l'essentiel de leur contenu.

Planification

291 Afin de garantir que les lois fédérales puissent entrer en vigueur et soient mises en œuvre dans un délai relativement bref après le vote final par les conseils législatifs ou après la votation populaire (en cas de référendum), il y a lieu d'entreprendre tôt la préparation de la mise en œuvre, c'est-à-dire, le plus souvent, durant la phase parlementaire. Occasionnellement, on élabore les projets d'ordonnance en même temps que le projet de loi et le message. C'est au plus tard à ce moment-là qu'on élabore les esquisses d'actes normatifs nécessaires.

292 Lors de la planification, il convient de se poser les questions suivantes :

- des dispositions d'exécution au plan fédéral sont-elles nécessaires ? Quel sera leur contenu ? Combien de temps faut-il pour les élaborer ?
- d'autres travaux, préparatoires ou de mise en œuvre, sont-ils nécessaires au plan fédéral ? Combien de temps faut-il pour les exécuter ?
- des dispositions cantonales d'exécution sont-elles nécessaires ? À quel niveau les introduire (constitution, loi, règlement) ? Quel est le temps nécessaire à leur mise en vigueur ?
- quelles dispositions fédérales (au niveau de la loi ou de l'ordonnance) sont nécessaires pour permettre aux cantons d'élaborer leurs règles d'exécution ?
- d'autres travaux, préparatoires ou de mise en œuvre, sont-ils nécessaires au plan cantonal ? Combien de temps faut-il pour les exécuter ?

293 Sur la base de la planification de la mise en œuvre, la Confédération détermine la date d'entrée en vigueur. En règle générale, le délai nécessaire est au minimum de :

- deux ans à partir de l'adoption d'une loi fédérale et un an à partir de l'adoption des dispositions d'exécution, lorsque les cantons doivent édicter ou modifier une loi ;
- un an à partir de l'adoption d'une loi fédérale et six mois à partir de l'adoption dès l'adoption des dispositions d'exécution, lorsque les cantons doivent simplement édicter ou modifier des ordonnances.

Élaborer les dispositions d'exécution et, au besoin, créer les instruments d'aide à l'exécution

294 Il est fréquent que les dispositions de loi doivent être concrétisées par des normes du degré inférieur (ordonnance édictée par le Conseil fédéral ou un département). Parfois, il se révèle également judicieux d'adresser une circulaire aux cantons.

295 Dans le cadre de la préparation des dispositions d'exécution, il y a lieu d'examiner qui doit être consulté (commission parlementaire compétente, cantons, autres milieux intéressés). Il convient de prévoir un délai suffisant pour la consultation (par exemple, accorder aux participants un délai minimum de trois mois pour faire parvenir leur réponse, v. *ch. 208*).

296 Lorsque la mise en œuvre est complexe, il peut être opportun, voire nécessaire, de créer des instruments d'aide à l'exécution (directives, guides, listes de contrôle, modèles d'actes normatifs) afin de permettre aux autorités d'exécution (notamment aux organes cantonaux, communaux ou paraétatiques) d'appliquer sans difficultés les nouvelles dispositions. Ces instruments n'ont aucune portée normative. Aussi ne doivent-ils contenir aucune instruction obligeant les particuliers à agir ou, au contraire, à s'abstenir d'agir.

297 Si nécessaire, un travail conceptuel important doit être effectué au préalable, Celui-ci portera, notamment, sur le séquençage des activités d'exécution (par exemple, calendrier de mise en œuvre), établira un ordre des priorités pour les projets ou fixera la répartition des subventions fédérales entre les cantons. Ce travail pourra également servir de base à l'élaboration de plans d'exécution (tels que plans d'assainissement).

Préparer les structures nécessaires à l'exécution

298 Le plus souvent, la mise en application du nouveau droit n'exige pas la création d'organes spécifiques d'exécution et de surveillance. Il s'agit, le plus souvent, de préparer des organes existants à remplir de nouvelles tâches (en mettant en place la structure administrative et organisationnelle requise et en aménageant les locaux nécessaires, en mettant au point les processus de travail, en formant le personnel, en préparant les manuels et les recueils de données).

Information

299 Selon les cas, il y a lieu d'informer suffisamment tôt et de manière détaillée les milieux intéressés (par exemple, les cantons, les communes et les villes, les personnes et organisations particulièrement concernées) de la date à laquelle le nouveau droit entrera probablement en vigueur et des tâches supplémentaires qui leur incomberont. Dans nombre de cas, il est recommandé d'assortir la mise en vigueur de prestations supplémentaires telles que l'organisation de colloques (destinés, par exemple, aux organes d'exécution et aux représentants des milieux concernés), la publication de notices et autres documents sur Internet.

Résultat

300 Toutes les mesures préparatoires ayant été prises sur les plans juridique, administratif, organisationnel et infrastructurel, l'acte législatif et ses dispositions d'exécution peuvent être mis en vigueur.

Mettre en vigueur les actes législatifs et les publier

Généralités

Fonctions

301 La publication, dans le Recueil officiel du droit fédéral, des actes législatifs, des traités internationaux, des décisions relevant du droit international et des conventions conclues entre la Confédération et les cantons vise à porter ces textes à la connaissance du public. Ainsi, ils peuvent déployer leurs effets juridiques.

Bases légales

302 Art. 195 Cst. (RS 101) ;
Loi sur les publications officielles (RS 170.512) ;
Ordonnance sur les publications officielles (RS 170.512.1) ;
Art. 58 de la loi sur le Parlement (RS 171.10) et art. 6 à 8 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105; correction des erreurs décelées dans les actes législatifs adoptés par le Parlement).

Assistance

303 La section du droit de la Chancellerie fédérale est le service compétent pour toute question touchant la législation sur les publications officielles et le Centre des publications officielles (CPO) de la Chancellerie fédérale l'unité compétente pour tous les aspects techniques de la publication. Ces deux services doivent être consultés dès que la mise en vigueur d'un acte législatif est prévisible.

Étapes et options

Situation de départ

304 L'acte normatif a été approuvé par l'organe compétent (le corps électoral, l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral ou le chef du département concerné).
Le texte a été intégré dans le système CPO.

Une décision d'entrée en vigueur est-elle nécessaire ?

305 La loi fixe la date d'entrée en vigueur, ou elle délègue la décision de fixer cette date à un organe, en règle générale le Conseil fédéral. Dans ce dernier cas, il faut soumettre à cet organe une proposition l'invitant à fixer cette date.

Date d'entrée en vigueur

Degré normatif	La date d'entrée en vigueur est fixée en même temps que l'acte est approuvé	La compétence de fixer la date d'entrée en vigueur est déléguée
Constitution	Les modifications de la Constitution entrent en vigueur le jour de leur acceptation par le peuple et les cantons.	Dans certains cas, l'arrêté concernant la nouvelle disposition constitutionnelle comporte une norme déléguant à l'Assemblée fédérale ou au Conseil fédéral la compétence de fixer la date d'entrée en vigueur. Exemple : arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999.
Lois fédérales et ordonnances de l'Assemblée fédérale	Elles entrent en vigueur à la date fixée dans l'acte législatif.	Le plus souvent, elles contiennent une norme de délégation chargeant le Conseil fédéral de fixer la date d'entrée en vigueur.
Lois fédérales déclarées urgentes	Elles entrent en vigueur le jour même de leur adoption par le Parlement ou, usuellement, les jours suivants. Il n'est pas admis que leur entrée en vigueur soit ajournée de plusieurs mois.	---
Ordonnances du Conseil fédéral	Elles entrent en vigueur à la date fixée par celui-ci.	À titre exceptionnel, notamment lorsqu'une ordonnance doit entrer en vigueur par étapes, la mise en vigueur peut être déléguée au président de la Confédération (art. 26, al. 4, LOGA).

306

Proposition concernant la mise en vigueur

Si la date d'entrée en vigueur n'est pas fixée dans l'acte même, il convient de faire une proposition à l'organe compétent, soumise à une consultation des offices et à une procédure de co-rapport (v. *ch. 18 ss. et 28 ss*). 307

Date d'entrée en vigueur

La date d'entrée en vigueur doit être fixée compte tenu des impératifs suivants : 308

- Nécessité d'attendre l'expiration du délai référendaire ou le résultat de la votation populaire (y compris la validation du résultat), dans l'hypothèse où un référendum aurait abouti.
- Nécessité de mettre l'acte en vigueur le plus rapidement possible.
- En règle générale, la loi fédérale et l'ordonnance d'exécution sont mises en vigueur à la même date.

- Délai suffisant avant l'entrée en vigueur lorsque le nouvel acte législatif oblige les organes d'exécution (généralement les cantons et les communes) à procéder à des adaptations (par exemple, des modifications de leur législation d'exécution, des réorganisations, l'aménagement de nouvelles installations) (v. *ch. 292*) ; éventuellement, on prendra l'avis des organes d'exécution quant à la date de l'entrée en vigueur. En tout état de cause, il y a lieu de les informer assez tôt de cette date.
- Il y a lieu d'harmoniser la date d'entrée en vigueur avec celle des actes législatifs connexes.
- Les actes législatifs de la Confédération doivent être publiés dans le Recueil officiel du droit fédéral cinq jours au moins avant leur entrée en vigueur. Dans la mesure du possible, il convient de prévoir au moins un délai de quatre semaines entre la décision de l'organe compétent pour fixer la date de l'entrée en vigueur et l'entrée en vigueur proprement dite. Ainsi, il s'écoulera pratiquement huit semaines entre la signature de la proposition par le chef du département et la date de l'entrée en vigueur.
- Sur l'entrée en vigueur échelonnée, v. *ch. 1013 ss*. et les DTL, *ch. 175 ss*.

Publication

Publication ordinaire

309 La publication au RO et au RS relève de la Chancellerie fédérale.

Publication urgente

310 Lorsque l'acte doit entrer en vigueur immédiatement ou le jour suivant son adoption ou encore lorsque, pour d'autres raisons, il n'a pas pu être publié assez tôt dans le Recueil officiel du droit fédéral et que l'autorité qui l'a adopté en a ordonné la publication immédiate, on procède à une publication urgente. La publication a lieu tout d'abord d'une autre manière (l'acte est adressé par courriel aux Chancelleries d'État, aux services désignés par les cantons où il peut être consulté selon l'art. 18 de la loi sur les publications officielles et à d'autres destinataires éventuels). Il est ensuite publié dès que possible dans le Recueil officiel du droit fédéral.

Publication sous la forme d'un renvoi

311 En lieu et place d'une publication intégrale dans le RO et le RS, un acte législatif peut, en raison de son caractère particulier, y être mentionné uniquement par son titre et par l'adjonction d'une référence ou du nom de l'organisme auprès duquel il peut être obtenu :

- lorsqu'il ne touche qu'un nombre restreint de personnes ;
- lorsqu'il a un caractère technique et ne s'adresse qu'à des spécialistes ou
- lorsqu'il doit être publié dans un autre format.

Dérogations au principe de la publication obligatoire 312

Les actes et les traités internationaux qui doivent être tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale ne sont pas publiés dans le Recueil officiel du droit fédéral.

Résultat

L'acte législatif a été publié dans le RO et le RS. Il déploie des effets juridiques. 313

Clore le projet législatif

Le projet législatif doit être clos au plus tard à la date d'entrée en vigueur de l'acte. 314
Cette étape implique notamment les opérations suivantes :

- dissoudre les groupes de travail et les équipes chargés du projet et attribuer de nouvelles tâches à ceux qui en ont fait partie ;
- préparer les documents en vue de leur archivage, boucler les comptes, clore les rubriques spéciales des crédits affectés au projet.

Selon les cas, il peut être judicieux de rédiger un rapport relatant les enseignements qui ont été tirés des travaux.

Mettre en œuvre l'acte législatif

La phase de mise en œuvre débute à l'entrée en vigueur de l'acte (pour plus de détails, v. *ch. 1049 ss*). 315

Évaluer rétrospectivement l'acte législatif

Pour plus de détails sur le contenu et la procédure de l'évaluation, v. *ch. 1135 ss*. 316

3 Initiative parlementaire

Introduction

Définition

317 L'initiative parlementaire permet à un membre de l'Assemblée fédérale, à un groupe ou à une commission de proposer qu'une commission élabore un projet d'acte de l'Assemblée fédérale.

Fonction

318 L'initiative parlementaire permet aux chambres du Parlementd'élaborer elles-mêmes des modifications de la constitution, de lois ou d'ordonnances de l'Assemblée fédérale.

Bases légales

319 Art. 160, al. 1, Cst. (RS 101) ;
Art. 107 à 117 LParl (RS 171.10);
Art. 25 à 29 du règlement du Conseil national (RS 171.13) ;
Art. 21 à 25 du règlement du Conseil des États (RS 171.14) ;
Art, 6, al. 2, Loi sur la consultation (LCo, RS 172.061).

Information du public

320 Les Services du Parlement assurent l'information du public sur les projets d'actes élaborés dans le cadre d'une initiative parlementaire.

Participation de l'administration fédérale

321 Il appartient à l'Assemblée fédérale de mener la procédure s'agissant du traitement d'initiatives parlementaires. La gestion du projet est assurée par le secrétariat de la commission compétente. Les commissions compétentes peuvent inviter le département compétent ou la Chancellerie fédérale à mettre à leur disposition des collaborateurs qui leur fournissent les renseignements juridiques ou matériels dont elles ont besoin (art. 112, al. 1, LParl). Le recours à du personnel de l'administration est fréquent tant lors de l'examen préalable que lors de l'élaboration du projet d'acte législatif et de son commentaire.

322 Dès que l'administration a désigné la personne qui prêterait son concours, celle-ci traite directement avec le secrétariat de la commission pour la suite des opérations. Celui-ci se tient à la disposition des collaborateurs pour toutes questions relatives à la manière de procéder.

323 Le fait que des collaborateurs de l'administration fédérale prêtent leur concours ne préjuge en rien de la position qu'adoptera le Conseil fédéral. Pour éviter de donner l'impression que l'office s'identifie pleinement aux propositions soumises sur mandat de la commission, il est en principe recommandé de s'abstenir de se faire représenter aux séances par les membres de la direction.

On attend du collaborateur désigné par l'administration fédérale pour prêter son concours à la commission qu'il fasse valoir le point de vue technique et juridique non seulement de l'unité à laquelle il appartient, mais encore des autres services qui sont aussi concernés par la problématique à laquelle a trait l'initiative. Si nécessaire, il doit se mettre en rapport avec ces services. Lorsque les problèmes à résoudre sont complexes, le collaborateur en question peut, après entente avec le secrétariat de la commission, se faire accompagner aux séances de celle-ci par des représentants des services concernés. 324

Les collaborateurs de l'administration fédérale qui prêtent leur concours à la commission doivent fournir à celle-ci les renseignements juridiques et matériels lui permettant de porter une appréciation sur les exigences posées par l'initiative et sur leur portée. Concrètement, cela implique que ces collaborateurs attirent l'attention de la commission : 325

- sur les points de convergence ou de divergence que l'initiative parlementaire présente par rapport à des décisions antérieures du Conseil fédéral, aux stratégies adoptées par le département et l'office, aux projets législatifs en cours, etc. ;
- sur la portée juridique de l'initiative (notamment, sur le niveau auquel il convient de légiférer et l'ampleur de la réglementation à mettre en place), sur les éventuels problèmes juridiques qu'elle pose (par exemple, du point de vue de la protection des droits fondamentaux ou du droit international public) et sur les solutions qui s'offrent ;
- sur les compétences dont disposent (ou ne disposent pas) la Confédération et les cantons et sur les éventuelles démarches entreprises aux niveaux fédéral, cantonal ou intercantonal pour résoudre le problème.

En revanche, les collaborateurs n'ont pas à porter d'appréciations d'ordre politique. Celles-ci sont réservées au Conseil fédéral (v. *ch. 348*). 326

En principe, in'est pas nécessaire que les collaborateurs de l'administration fédérale assistent aux délibérations en plénum des conseils. 327

Procédure

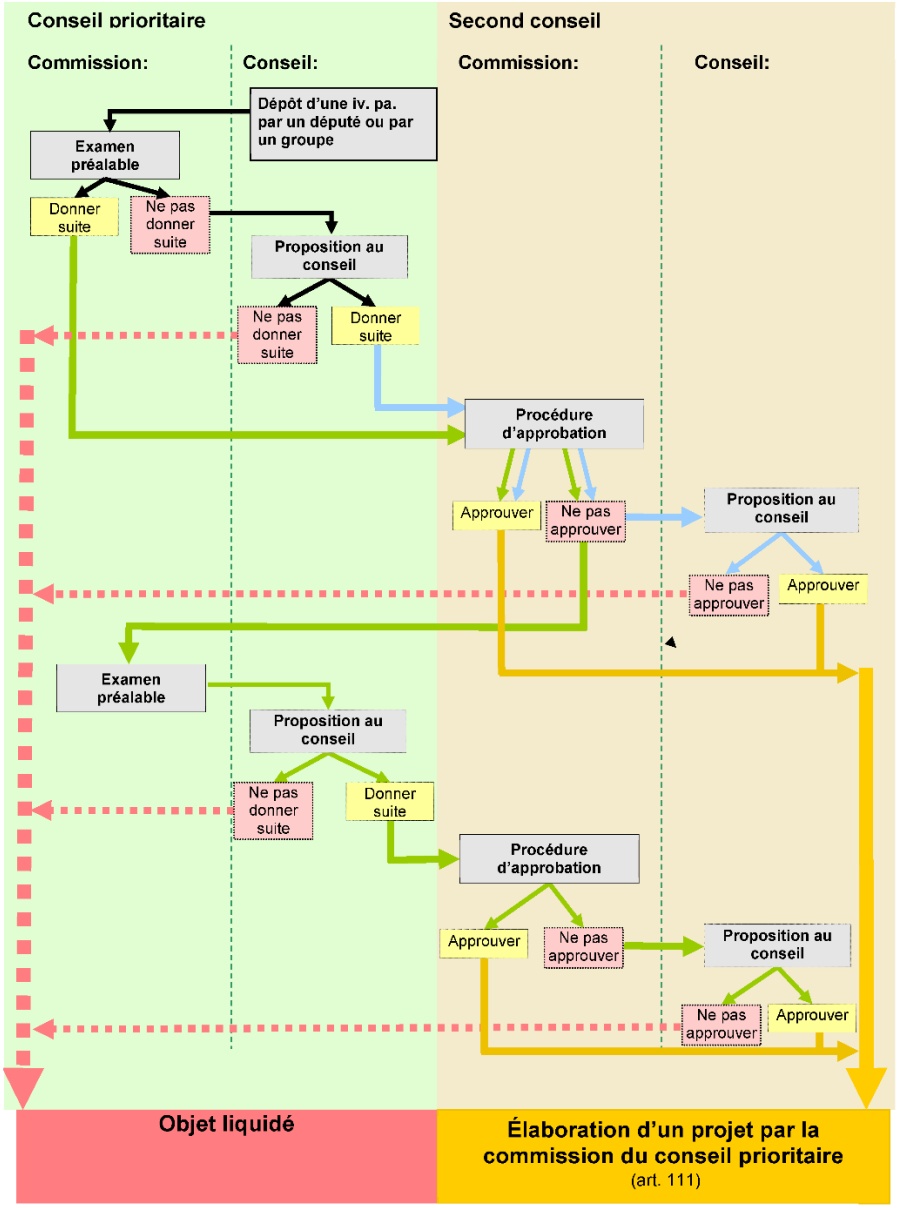
Traitement en deux phases

Toute initiative parlementaire est soumise à un examen préalable, à l'issue duquel il est donné suite ou non (art. 109 LParl). Dans le premier cas de figure, on passe à l'élaboration de l'acte législatif. 328

Examen préalable

Il s'agit d'examiner s'il y a nécessité de légiférer et si la forme de l'initiative parlementaire est appropriée (art. 110 LParl). 329

330 La procédure d'examen préalable suit le schéma suivant :



Procédure suivie si la commission du conseil prioritaire donne suite à l'iv. pa.
Procédure suivie si le conseil prioritaire donne suite à l'iv. pa., bien que sa commission ait proposé de ne pas y donner suite.

Élaboration de l'avant-projet d'acte législatif et du rapport explicatif

Aperçu

S'il a été décidé de donner suite à une initiative, la commission du conseil où elle a été déposée se voit chargée d'élaborer un projet d'acte législatif et un rapport explicatif dans un délai de deux ans (art. 111 LParl). Ce délai peut être prolongé (art. 113 LParl). *331*

La commission peut également proposer au conseil dont elle dépend de classer l'initiative, lorsque les objectifs qu'elle vise sont déjà atteints par un autre projet d'acte législatif ou que, pour d'autres motifs, le mandat reçu du conseil ne peut être maintenu (art. 113 LParl). *332*

Les collaborateurs appelés à prêter leur concours participent aux séances de la commission ou de la sous-commission chargée d'élaborer l'avant-projet. À ce stade, la (sous-)commission ou son secrétariat peut, notamment, leur attribuer les tâches suivantes : *333*

- proposer des solutions ou formuler un avant-projet d'acte législatif permettant d'atteindre les objectifs et de concrétiser les mesures définies par la commission ou la sous-commission ;
- établir le commentaire juridique et matériel de l'avant-projet.

L'avant-projet d'acte de l'Assemblée fédérale et le rapport explicatif répondent aux mêmes exigences que dans le cas d'un message du Conseil fédéral (art. 111 al. 3 et 4 LParl). *334*

Tâches de l'administration

La (sous-)commission ou son secrétariat ne peut se contenter de donner à l'administration le mandat de préparer un projet abouti de rapport. Pour cela, elle devrait s'adresser au Conseil fédéral par voie de motion. Dans le cadre de l'initiative parlementaire, c'est à la commission qu'il appartient de formuler ses choix politiques de manière détaillée et aussi concrète que possible. Il n'appartient pas à l'administration de fournir le commentaire politique de l'avant-projet. Il doit être rédigé par le secrétariat agissant sur mandat de la commission. *335*

Tous les documents destinés aux organes parlementaires doivent toujours leur être fournis en allemand et en français. Le service qui a établi un document est également chargé de sa traduction. , Il en va de même si, à la demande du secrétariat de la commission, l'administration a rédigé certaines parties du rapport de la commission. Celle-ci doivent les fournir dans les deux langues, *336*

Les travaux législatifs concernant des domaines complexes peuvent occasionner une forte charge de travail pour les collaborateurs de l'administration, qui auront souvent besoin du concours d'autres collaborateurs de leur office (notamment des services linguistiques). Si les mandats ne peuvent être accomplis avec les ressources disponibles, il convient de prendre contact en premier lieu avec le secré- *337*

tariat de la commission. Si nécessaire,le chef de département adressera au président de la commission une lettre lui demandant de délier l'office de certains mandats ou de lui accorder un délai supplémentaire.

338 Les collaborateurs requis sont tenus d'apporter une contribution constructive, même s'ils ont des réserves quant à l'orientation prise par le projet.

Coordination

339 Les collaborateurs de l'administration fédérale qui prêtent leur concours aux travaux de la commission assurent la collaboration avec les autres offices fédéraux concernés par le projet d'acte législatif.

340 Une fois que les organes parlementaires compétents ont pris la décision d'élaborer un projet d'acte législatif accompagné d'un rapport explicatif, l'office fédéral qui a participé aux travaux jusque-là informe les autres offices qui pourraient être concernés, les secrétariats généraux des départements et la Chancellerie fédérale des travaux législatifs, en les invitant à faire part de leurs observations ou à désigner un interlocuteur.

341 Examen du projet sous les angles juridique, linguistique et financier : avant d'envoyer le projet en consultation de même que s'il a subi d'importantes modifications à la suite de la consultation, il y a lieu de prendre l'avis des organes ayant des tâches transversales (notamment la Chancellerie fédérale et la Commission interne de rédaction, l'Office fédéral de la justice, l'Administration fédérale des finances).

Consultation

342 À l'instar des projets émanant du Conseil fédéral ou des départements, les projets d'actes législatifs élaborés au titre d'initiatives parlementaires doivent satisfaire aux exigences fixées par la loi sur la consultation.

343 Les commissions parlementaires peuvent impliquer les services de l'administration fédéral pour la préparation de la consultation externe et pour la synthèse des résultatsEn règle générale, Ceux-ci se voient attribuer des tâches d'une certaine ampleur, comme il ressort du tableau ci-dessous (voir aussi art. 6, al. 2 LCo):

Qui ?	Quoi ?
Planifier la procédure de consultation (v. *ch.208*)	
Le secrétariat de la commission	informe la Chancellerie fédérale de l'ouverture prochaine de la procédure de consultation.
La Chancellerie fédérale	informe le public de la procédure de consultation prévue.
Préparer et expédier les documents nécessaires à la consultation (v. *ch. 225)*	
Le président ou le secrétariat de la commission	charge les collaborateurs appelés à prêter leur concours de mener la procédure de consultation (en général, le mandat est donné de manière informelle, par exemple, oralement ou par courriel).
L'office compétent, de concert avec le secrétariat de la commission	définit le cercle des destinataires de la consultation ou de l'audition, prépare les documents nécessaires et les expédie avec une lettre signée par le président ou la présidente de la commission. Remarque ; il n'y a pas de consultation des offices sur l'ouverture de la procédure de consultation ni sur le rapport concernant les résultats de la consultation.
Évaluer les réponses et établir un rapport sur les résultats de la consultation (v. module A, *ch. 229)*	
L'office compétent	évalue les réponses reçues et transmet au secrétariat de la commission compétente le rapport sur les résultats de la consultation accompagné du recueil des réponses reçues accompagné d'une lettre. Remarque : l'office compétent se fonde sur les résultats de la consultation. Il ne porte pas d'appréciation sur lesdits résultats ni sur la suite des opérations.
Le secrétariat de la commission	publie le rapport sur les résultats de la consultation (sur les sites internet du Parlement et de la Chancellerie fédérale), après que la commission en a pris connaissance. Remarque : il n'est pas recommandé de publier le rapport sur le site Internet de l'office compétent, car il s'agit d'un projet qui relève du Parlement. À la rigueur, l'office peut mettre en lien sur son site internet la page Web de la Chancellerie fédérale où figure le rapport.

344

Projet et rapport définitifs de la commission

345 La commission, après avoir pris connaissance du rapport sur les résultats de la consultation, examine si, à la lumière de ces résultats, il y a lieu de remanier le projet.

346 Le rapport et le projet définitifs de la commission sont soumis au conseil dont elle dépend. La commission donne également au Conseil fédéral la possibilité de se prononcer dans un délai convenable (en général, 6 à 8 semaines). Il n'est pas impératif que le Conseil fédéral établisse un avis formel ; toutefois, en règle générale, il saisira l'occasion qui lui est donnée de faire connaître son point de vue et ses éventuelles propositions.

347 Afin de permettre une rédaction qualitativement satisfaisante de l'avis du Conseil fédéral, en dépit des délais serrés, on fera en sorte que les collaborateurs de l'administration fédérale auxquels il a été fait appel pour la préparation du projet commencent l'élaboration de l'avis du Conseil fédéral sans attendre que le projet et le rapport de commission aient été approuvés.

Avis du Conseil fédéral

348

Qui ?	Quoi ?
Le secrétariat de la commission	transmet au Conseil fédéral le projet et le rapport définitifs de la commission accompagnés d'une lettre signée par le président ou la présidente de celle-ci. Il pourvoit à la publication des documents dans la Feuille fédérale.
La Chancellerie fédérale	communique les documents au département compétent.
L'office compétent	établit un projet d'avis du Conseil fédéral dans lequel il consigne, le cas échéant, les propositions du Conseil fédéral. Il soumet le projet d'avis à la consultation des offices (v. *ch .18*). Remarque : afin que l'on puisse identifier clairement les modifications du projet d'acte législatif qui ont été formellement proposées par le Conseil fédéral, ces modifications seront mentionnées dans l'avis sous le titre *Propositions,* in fine. Les propositions elles-mêmes seront motivées plus haut dans la partie principale de l'avis. Quant à la présentation formelle des modifications proposées elle obéit aux règles applicables à l'établissement des dépliants dans le cadre de la procédure parlementaire. À ce sujet, il est recommandé à l'office de se concerter avec le secrétariat de la commission qui ajoutera une colonne « propositions du Conseil fédéral » sur le dépliant.
L'office compétent	évalue les résultats de la consultation des offices, finalise le projet d'avis à la lumière de ces résultats et le transmet au chef du département pour signature.
Le chef du département	signe la proposition au Conseil fédéral.
Le Conseil fédéral	approuve l'avis.
La Chancellerie fédérale	transmet l'avis au conseil compétent et pourvoit à sa publication dans la Feuille fédérale.
La commission	débat des éventuelles propositions d'amendement formulées par le Conseil fédéral. Elle peut soit s'y rallier (nouvelles propositions de la commission) soit proposer au conseil de les rejeter.

Phases parlementaire et postparlementaire

349 L'examen du projet par le conseil prioritaire se déroule selon la procédure normale pour tout projet d'acte (entrée en matière, examen par article, vote sur l'ensemble). Si le projet échoue au conseil prioritaire (soit parce qu'il n'est pas entré en matière, soit parce qu'il a rejeté le projet lors du vote sur l'ensemble), il n'est pas transmis au second conseil et l'initiative parlementaire est réputée liquidée, et ce bien que le second conseil ait été associé à l'examen préalable (art. 114, al. 1bis, LParl).

Le projet du Conseil prioritaire est présenté à la commission du second conseil par un membre de la commission du conseil prioritaire (art. 114, al. 2, LParl.). L'examen du projet par le second conseil ainsi que l'élimination des divergences se déroulent selon la procédure parlementaire habituelle.

La phase postparlementaire est identique à celles décrite pour une loi, *ch.282.*

4 Ordonnance

Introduction

350 Le présent chapitre présente le processus d'élaboration des ordonnances fédérales, essentiellement celles du Conseil fédéral et des départements. Bien qu'il soit davantage orienté sur les ordonnances du Conseil fédéral et des départements, les légistes des autres autorités peuvent aussi en tirer profit.

351 Une grande partie des principes et étapes énoncés dans le chapitre consacré à la loi s'appliquant aussi à l'ordonnance, de nombreux renvois y sont faits (*ch. 50 ss*).

Impulsion législative et planification

Impulsion et mandat

Facteurs déclencheurs

352 L'impulsion à l'origine d'une ordonnance peut provenir de différentes sources :

- Une obligation légale: Lorsque la loi l'oblige à adopter ou à modifier une ordonnance, l'autorité compétente n'a pas de marge d'appréciation sur la nécessité de légiférer.
- Le mandat d'une autorité supérieure: L'autorité compétente demande à l'office soit de préparer une ordonnance, soit d'examiner l'opportunité de la préparer. Cette situation peut être la conséquence directe ou indirecte d'une procédure institutionnalisée (par exemple, une motion, un postulat ou une initiative populaire). Elle découle souvent de l'adoption ou de la révision du droit supérieur (Constitution, loi, ordonnance d'une autorité de rang supérieur) ou de la jurisprudence d'une autorité judiciaire de rang supérieur (par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme ou les tribunaux de la Confédération).
- L'initiative de l'office: Il n'est pas rare que l'office compétent prenne l'initiative de préparer la révision d'une ordonnance sans qu'une autre autorité lui en ait donné le mandat explicite. À l'interne, les unités administratives ont d'ailleurs l'obligation d'examiner leurs tâches et leurs prestations (art. 5 LOGA et 27, al. 1 OLOGA) et en conséquence de faire le nécessaire pour modifier les ordonnances inadaptées. Le mandat est alors défini par l'office lui-même, qui déclenche formellement le processus.

Étapes

Quels points peut-on éclaircir à ce stade du processus ?

353
- définir le cadre normatif (v. *ch. 131* ss).
- opter pour une révision partielle ou une révision totale (v. DTL. ch 276).

Obtenir un mandat formel ?

Le mandat définit les grandes lignes de l'ordonnance ou de sa révision. En pratique, il est souvent donné soit implicitement (par exemple, dans la planification générale du Conseil fédéral, du département ou de l'office) soit a posteriori (par exemple, lors de l'approbation de l'esquisse d'acte normatif). 354

Si des questions de fond doivent être discutées avant la préparation d'une ordonnance du Conseil fédéral, l'office prépare une proposition et un dispositif de décision (v. Recueil des modèles, exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale), avant d'ouvrir la consultation des offices et la procédure de corapport (v. *ch. 18 ss*. et *28 ss*). 355

Bases légales et moyens auxiliaires

356
- Art. 147, 163, al. 1, 164, al. 1 et 2, 182, al. 1, 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. (RS 101);
- Art. 22, al. 2 et 3, et 151, LParl (RS 171.10);
- Art. 5, 7, 36 et 48 LOGA (RS 172.010);
- Art. 11, 12 et 27 OLOGA (RS 172.010.1);
- Art. 3 et 3a ainsi que 10 LCo (RS 172.061);
- Classeur rouge (seulement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Planification

Généralités

La planification est une étape incontournable pour tout projet d'ordonnance. C'est un outil de gestion qui a pour but d'anticiper les besoins en temps et en personnel. Sauf les précisions qui suivent, les explications données sur la planification dans le chapitre consacré à la loi sont applicables (v. *ch. 76 ss*). 357

Étapes

Évaluer de manière réaliste le temps et les ressources nécessaires

La planification en temps et ressources nécessaires en personnel est influencée par différents éléments. 358

Evaluer l'environnement normatif

En d'autres termes, il faut se demander si le projet à planifier a des incidences sur d'autres actes législatifs en vigueur (de même rang, de rang supérieur ou de rang inférieur) ou sur d'autres projets en cours (v. *ch. 131 ss).* 359

Choisir l'organisation de projet

Dans la plupart des cas, une organisation spécifique n'est pas nécessaire. Une telle organisation n'est mise en place que si l'ordonnance est particulièrement complexe et a une grande portée (v. *ch. 85 ss*). La décision ressortit en règle générale à l'office. 360

361 Lorsqu'une organisation de projet a été instaurée en vue de la procédure d'adoption de la loi au sens formel (voir ch. 101ss), l'office décide s'il est utile de la reconduire en vue de la procédure d'adoption de l'ordonnance ou s'il est préférable de constituer une nouvelle structure, parfois plus modeste. Si cela est judicieux, il recourt aux collaborateurs spécialisés qui ont participé à l'adoption ou à la modification de la loi, de façon à valoriser les compétences et les connaissances déjà acquises. Il peut aussi s'avérer bénéfique de trouver des spécialistes pour traiter les points à approfondir dans l'ordonnance.

Établir le document de planification

362 En fonction de la complexité du projet, le document de planification (par exemple un plan de projet) fournit des renseignements sur :

- la nécessité d'édicter ou de modifier une ordonnance ;
- le but poursuivi par la réglementation ;
- le calendrier, avec des indications pour chaque étape ;
- la date prévisible d'entrée en vigueur de la loi et de l'ordonnance ; cette question est très importante ; il s'agit en particulier de tenir compte des éléments suivants :
  - les informations déjà données dans le message concernant l'entrée en vigueur prévue de la loi formelle,
  - le temps nécessaire pour que les cantons adaptent leur législation et leurs structures,
  - la coordination avec l'entrée en vigueur d'autres actes normatifs,
  - les délais de publication ;
- les ressources nécessaires (ressources humaines et financières) ; on n'oubliera pas les ressources nécessaires à la traduction, en particulier en temps.

le processus ultérieur, les prochaines étapes, etc.

Faire avaliser la planification

363 La planification doit être approuvée (voir ch. 90).

Phase de conception

Introduction

364 La phase de conception a pour but de définir le contenu normatif fondamental du projet d'ordonnance. Elle nécessite que la base d'information sur laquelle s'appuiera le projet soit suffisamment établie et, si besoin est, consolidée, pour permettre la rédaction de l'esquisse d'acte normatif. Elle précède la rédaction du projet d'ordonnance. Les informations du *ch. 93 ss* sont applicables *mutatis mutandis*.

Se procurer les informations nécessaires

Les informations nécessaires sont de nature factuelle ou juridique. *365*
Parfois, elles sont disponibles, par exemple parce qu'elles ont été récoltées au stade de l'élaboration de la loi. Le problème à régler, les buts à atteindre et les mesures à prendre, de même que le cercle des personnes concernées, sont alors connus. Comme pour les lois, un Quick-Check AIR doit être réalisé pour les ordonnances, afin de déterminer si des analyses supplémentaires sont nécessaires (voir ch. 160). L'environnement normatif doit être clarifié,en particulier s'il n'a pas été étudié lors de l'élaboration de la loi. Même lorsqu'il s'agit de modifier une ordonnance dont la base légale n'a pas été changée, il ne faut pas oublier de vérifier la pertinence et l'actualité des bases légales citées dans le préambule.

Étudier les bases légales

Pour évaluer sa marge de manœuvre, l'office analysera de manière approfondie les bases légales de l'ordonnance. *366*
Il étudiera en particulier la question de savoir si la loi contient une délégation de compétence législative permettant l'adoption de normes primaires ou s'il s'agit de n'adopter que des normes secondaires (v. *ch. 703 ss*).

Déterminer l'autorité compétente

Même si cela semble souvent aller de soi, il convient de s'interroger sur l'autorité compétente pour adopter la réglementation à édicter par voie d'ordonnance. *367*

Ordonnance du Conseil fédéral

En règle générale, une loi est mise en œuvre par une ordonnance du Conseil fédéral, autorité directoriale et exécutive suprême de l'administration. Celui-ci est habilité à édicter des règles secondaires (art. 182 Cst.). Seules les règles primaires nécessitent une base légale spécifique (art. 164, al. 2, Cst., *ch. 703 ss*). *368*
Quelques dispositions doivent, en vertu de la loi, être prévues au niveau de l'ordonnance du Conseil fédéral : *369*

- les dispositions d'organisation, ce qui permet de sauvegarder l'autonomie organisationnelle du Conseil fédéral (art. 43, al. 2, LOGA) ;
- l'attribution du pouvoir de décision (Conseil fédéral, département, groupement ou office) dans des affaires particulières ou des domaines déterminés, le but étant d'attribuer les compétences de décision au niveau adéquat (art. 47, al. 1 et 2, LOGA) ; en règle générale, il est attribué aux offices et groupements d'offices qui disposent des connaissances spécifiques dans le domaine en question.

Ordonnance d'un département, d'un groupement ou d'un office

370 Le Conseil fédéral peut, sans base légale spécifique, sous-déléguer à un département certaines compétences législatives. Pour arrêter sa décision, il prend en considération la portée de la norme envisagée (art. 48, al. 1, LOGA). Le Conseil fédéral devrait user avec retenue de la sous-délégation, qui a généralement pour incidence de restreindre le droit de cogestion des autres départements. S'agissant d'une ordonnance d'un département, il n'y a en effet qu'une consultation des offices mais pas de procédure de co-rapport.

371 Le Conseil fédéral ne peut déléguer sa compétence de légiférer aux groupements et aux offices que si un acte du niveau de la loi formelle le permet (art. 48, al. 2, LOGA). Le choix du degré normatif est guidé par la portée de la norme.

372 On doit tenir compte notamment des facteurs suivants : importance de la matière, cercle des destinataires de la norme, conséquences de la norme sur ceux-ci (telles que l'intensité d'une éventuelle atteinte à leurs droits fondamentaux), technicité de la matière. Le besoin de réviser la norme ne devrait pas, en revanche, être à lui seul un critère déterminant, car la procédure devant le Conseil fédéral n'est que modérément plus longue que celle concernant l'ordonnance d'un département.

373 Si des autorités de niveaux différents (par exemple, le Conseil fédéral et un département) sont compétentes pour préparer simultanément des ordonnances, l'office assure la coordination des différents contenus normatifs autant que du travail.

Une ou plusieurs ordonnances ?

374 Le pouvoir exécutif a une marge de manœuvre pour décider si les dispositions d'exécution d'une loi doivent être fixées dans une seule ordonnance ou si elles doivent être réparties dans différentes ordonnances de même rang.

Opter entre une révision partielle et une révision totale

375 Voir directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), ch. 276.

Élaborer et faire approuver une esquisse d'acte normatif

376 Outre les exigences exposées aux *ch. 161 ss*, l'esquisse d'acte normatif doit :

- citer les bases légales de l'ordonnance ou, si elles sont en cours d'élaboration, indiquer à quel stade elles se trouvent ;
- citer les normes de délégation.

377 L'approbation de l'esquisse d'acte normatif ressortit en principe à la direction de l'office. Lorsque l'édiction ou la modification de l'ordonnance implique d'importants travaux de mise en œuvre par les cantons, l'office compétent peut envisager de leur communiquer, à eux ou à la conférence intercantonale compétente, en tout ou en partie, l'esquisse d'acte normatif en tant qu'information préalable.

Projet d'ordonnance et rapport explicatif

Pour les ordonnances de l'administration fédérale, on parle souvent d'« avant-projet d'ordonnance » avant la consultation externe et de « projet d'ordonnance», après la consultation externe. Les étapes relatives à la rédaction d'un projet de loi doivent aussi être suivies pour l'essentiel (v. *ch. 50 ss*). 378

Rédiger le projet d'ordonnance

L'esquisse d'acte normatif peut désormais être transformée en acte législatif. 379
Divers moyens auxiliaires (*ch 244*) sont à disposition.
Les modèles sont disponibles sur la page internet Procédure CPO (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Assurer une densité normative adéquate

La densité normative d'une ordonnance est influencée par deux besoins contradictoires, d'une part, garantir une application uniforme du droit fédéral et, d'autre part, respecter la marge de manœuvre des autorités d'exécution. Il arrive aussi qu'au niveau de l'ordonnance des concepts juridiques indéterminés doivent être concrétisés. Lorsque les cantons sont concernés, on veillera à leur laisser suffisamment de marge d'appréciation pour qu'ils puissent tenir compte de leurs singularités. 380

D'une manière générale, la densité normative d'une ordonnance est plus forte que celle de la loi. L'ordonnance est en effet souvent davantage détaillée et technique. 381

Si plusieurs personnes se partagent le travail de rédaction d'une ou de plusieurs ordonnances, la question de la densité normative doit être décidée collectivement avant le début de la rédaction. 382

Informer sur la date probable d'entrée en vigueur de l'ordonnance

Les autorités de mise en œuvre et les destinataires de l'ordonnance devraient être informés suffisamment tôt de la date présumée d'entrée en vigueur de l'ordonnance et éventuellement de la loi. 383

Évaluation des effets

La proposition au Conseil fédéral et, le cas échéant, le dossier de la consultation doivent exposer – de manière plus ou moins détaillée selon la matière à régler – les conséquences de l'acte pour la Confédération et les cantons (notamment le financement et les ressources en personnel), de même que ses conséquences économiques, environnementales et sociales. Conformément aux directives du Conseil fédéral sur l'analyse d'impact de la réglementation, cinq points doivent être passés en revue et traités dans le rapport explicatif (voir ch. 160). Les effets d'une ordonnance pouvant déborder le cadre de sa base légale, ils doivent être examinés séparément, en particulier sous l'angle des art. 4 et 5 de la loi fédérale 384

sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises.

Rédiger le rapport explicatif

385 Depuis la révision de l'ordonnance sur les publications officielles (OPubl; RS 170.512.1), les rapports explicatifs d'ordonnances faisant l'objet d'une consultation doivent être publiés sur la plate-forme prévue à cet effet (art. 26, let. a, OPubl). Le projet d'ordonnance et le rapport explicatif permettent d'informer les offices concernés et, le cas échéant, les destinataires de la consultation ou le Parlement.

386 Le rapport explicatif commente le projet d'ordonnance. Il en présente les principaux aspects juridiques et la conformité au droit international. Il contient en outre des explications sur les conséquences du projet et sur les principales données quantitatives utilisées (art. 8 de l'ordonnance sur la consultation). En l'absence de consultation, l'ordonnance est commentée directement dans la proposition au département ou au Conseil fédéral.

387 Le commentaire peut servir ultérieurement d'instrument d'interprétation de l'ordonnance. Il est souvent publié sur le site Web de l'office (v. p.ex. le rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur la transparence du financement de la vie politique ou celui concernant l'ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires).

388 Il est recommandé de s'inspirer des directives applicables à l'élaboration des messages (Aide-mémoire relatif aux messages du Conseil fédéral) pour élaborer le rapport explicatif qui accompagne le projet d'ordonnance (et, par analogie, pour rédiger les explications qui figurent dans la proposition adressée au département ou au Conseil fédéral).

389 Le rapport explicatif est le seul document officiel qui commente le projet d'ordonnance. Comme le message qui accompagne la loi contient déjà de nombreux renseignements de fond (art. 141, al. 2, let. d et f, LParl), le rapport explicatif est davantage orienté sur le commentaire des dispositions de l'ordonnance.

390 Le rapport explicatif (ou éventuellement la proposition à l'autorité compétente sur l'ouverture de la consultation) doit donner des informations sur les effets présumés du projet d'ordonnance :

Faire contrôler la traduction

391 La traduction en français ou en allemand doit être contrôlée par des juristes et par des spécialistes de la matière traitée, à moins qu'ils ne s'en soient chargés eux-mêmes.

Peut-on directement passer à la phase de décision ou doit-on encore faire une consultation ou consulter le Parlement ?

S'il n'y a pas besoin de procéder à une consultation ni de consulter le Parlement, il convient d'ouvrir directement la consultation des offices (v. *ch. 399*). *392*

S'il faut procéder à une consultation ou consulter le Parlement, voir *ch. 198* et *395 ss*. En cas de doute, voir *ch. 205 ss.*

Procédure de consultation et consultation du Parlement

Faut-il procéder à une consultation ?

Une ordonnance doit être soumise à une procédure de consultation si (art. 3, al. 1, let. d et e, LCo, RS 172.061) : *393*

- elle a une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- elle touche particulièrement les cantons ou certains d'entre eux ;
- son exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

Une consultation peut également être organisée pour les projets qui ne remplissent aucune de ces conditions (art. 3, al. 2, LCo). *394*

Faut-il consulter le Parlement

Faut-il consulter le Parlement

Avec l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10) en décembre 2023, les projets d'ordonnances et les modifications d'ordonnances visés aux art. 22, al. 3, 2ème phrase et 151, al. 2bis, LParl doivent systématiquement être soumis aux commissions compétentes pour consultation. Si le projet contient des informations classées confidentielles ou secrètes, le Conseil fédéral informe la Délégation des finances et la Délégation des Commissions de gestion au lieu de consulter les commissions compétentes. *395*

La Chancellerie fédérale informe le Secrétariat central de l'ouverture de la consultation externe concernant les projets d'ordonnances. Ce dernier transmet l'information aux secrétariats des commissions. La commission parlementaire compétente invite la cheffe ou le chef de département à la séance, afin de pouvoir lui donner une recommandation. La commission parlementaire peut également se prononcer par écrit ou informer le département qu'elle renonce à prendre position. *396*

Planifier la consultation du Parlement après la consultation externe

En règle générale, les commissions souhaitent être consultées à propos des projets d'ordonnances une fois la consultation externe terminée, si possible en ayant connaissance des résultats de la consultation. Toutefois, comme il est difficile de poser a priori les critères de coordination de ces deux consultations, l'office règle cette question de concert avec le secrétariat des commissions parlementaires et *397*

le service juridique de la Chancellerie fédérale, de façon à pouvoir tenir compte de divers facteurs administratifs (comme l'agenda de la commission ou le nombre de consultations annoncées) ou politiques (comme l'importance politique du projet).

398 L'office compétent, respectivement, le Secrétariat général, informe en continu la Chancellerie fédérale (CPO) des consultations planifiées (v. *ch. 208*).

Ouvrir la consultation des offices

399 Pour garantir la consolidation du projet, il s'impose de le soumettre à une consultation des offices, bien que la décision sur l'ouverture de la consultation relève de la compétence du département.

400 La consultation des offices permet de réaliser un premier contrôle de la qualité du projet, en particulier de vérifier la forme, la structure et les effets de l'ordonnance.

401 Le projet d'ordonnance et le rapport explicatif sont dans ce cadre transmis aux offices consultés en français ou en allemand (v. *ch. 18* ss et Directives sur les affaires du Conseil fédéral > Déroulement des affaires > Consultation des offices [exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale]). Lorsque le projet d'ordonnance est volumineux il est recommandé de le soumettre en consultation dans les deux langues.

Décider d'ouvrir une procédure de consultation

402 La consultation est ouverte (art. 5 LCo) :

- par le Conseil fédéral pour les projets visés au *ch. 393* ;
- par le département compétent ou par la Chancellerie fédérale pour les projets qui ne sont pas obligatoirement soumis à une consultation ;
- par l'*unité* compétente *de l'administration fédérale*, pour autant qu'elle ait la compétence d'édicter des règles de droit ;

par la commission parlementaire compétente, si le projet émane de l'Assemblée fédérale.

403 L'office soumet au département (le cas échéant pour transmission au Conseil fédéral) la proposition d'ouvrir une consultation, accompagnée des annexes suivantes :

- le dispositif de décision ;
- le projet d'ordonnance ;
- le rapport explicatif ;
- en cas de modification d'une ordonnance, une vue d'ensemble des modifications prévues par rapport au droit en vigueur (art. 7, al. 1, let. b, OCo) ;
- éventuellement un Quick-Check AIR ;
- la lettre d'information aux organismes consultés ;
- la liste des destinataires.

Informer le public

Pour l'information aux médias, v. *ch. 42*. *404*

Établir un rapport sur les résultats de la consultation

L'office établit le rapport sur les résultats de la consultation. Il en donne un résumé sans porter d'appréciation (art. 20, al. 1, OCo). Une importance toute particulière est accordée aux prises de position des cantons pour tout ce qui a trait aux mesures qu'ils doivent mettre en œuvre, qui sont présentées dans un chapitre à part (art. 20, al. 2, OCo). Ce rapport est publié dans les trois langues officielles. *405*

Tirer les conséquences du résultat de la consultation

L'office compétent tire les conséquences de la consultation et, le cas échéant, de la consultation du Parlement. Si nécessaire, il adapte le projet d'ordonnance et le rapport explicatif. S'il s'agit d'une ordonnance qui a des effets importants sur l'économie et qu'elle est substantiellement modifiée, il convient de mettre à jour l'analyse d'impact de la réglementation et les données concernant les conséquences économiques, en particulier les coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 5, al. 4, LACRE). *406*

C'est à ce stade qu'il convient de faire une proposition précise sur la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et éventuellement de la loi. Deux cas peuvent se présenter : *407*

- Dans le premier cas, la loi et l'ordonnance entrent simultanément en vigueur. Le Conseil fédéral fixe la date d'entrée en vigueur dans le dispositif de la décision. À titre exceptionnel, notamment lorsqu'une ordonnance du Conseil fédéral doit entrer en vigueur par étapes, la mise en vigueur peut être déléguée au président ou à la présidente de la Confédération (art. 26, al. 2, LOGA).
- Dans le second cas, l'entrée en vigueur de l'ordonnance se fait indépendamment de la loi.

Soumettre le rapport sur les résultats de la consultation

Le rapport renseigne sur les résultats de la consultation et en donne un résumé sans porter d'appréciation. Il est soumis à l'autorité compétente avec une proposition sur la suite des travaux (art. 18 ss OCo). *408*

Approbation

Consultation des offices

La consultation des offices ne sert pas seulement à éliminer autant que possible les divergences, mais encore à compléter certains points et à corriger les erreurs de fond qui pourraient encore subsister. Même si l'ordonnance est de la compétence du département, il s'impose d'ouvrir une consultation des offices, à moins *409*

qu'aucune modification n'ait été apportée à l'ordonnance depuis la première consultation des offices.

410 Sont consultés non seulement les offices concernés sous l'angle matériel, mais également ceux qui doivent être systématiquement consultés et/ou qui assument des tâches transversales (v. *ch. 19*).

411 Le dossier contient les documents suivants :

- l'ordonnance nouvelle ou modifiée ;
- le commentaire des différentes dispositions (évt. intégré dans la proposition à l'autorité compétente) et
- le dispositif de la décision (par exemple, « L'ordonnance [...] est approuvée et entre en vigueur le [...]», v. le Recueil des modèles [exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale]).

412 L'office compétent est chargé de veiller à ce que les documents soumis à la consultation des offices soient – après leur remaniement et avant qu'ils soient signés par le chef de département – soumis à un contrôle de qualité (y compris le contrôle des DTL) par la Chancellerie fédérale (E-circuit)().

Procédure de co-rapport

413 Si le Conseil fédéral est compétent pour adopter l'ordonnance, la consultation des offices est suivie d'une procédure de co-rapport. Les ordonnances du niveau départemental ne sont pas soumises à cette procédure.

Décision formelle

414 L'autorité compétente (le Conseil fédéral et/ou le département) :

- prend acte du rapport sur les résultats de la consultation ;
- adopte l'ordonnance et arrête la date d'entrée en vigueur.

Information active et passive

415 L'ordonnance et les autres documents ne deviennent publics qu'après l'adoption de l'ordonnance. Le Conseil fédéral peut toutefois décider que ces documents doivent rester inaccessibles (art. 8, al. 3, LTrans, RS 152.3).

416 L'office compétent informe les participants à la consultation de la publication du rapport sur les résultats de cette dernière en mentionnant l'adresse Web à laquelle il peut être téléchargé (v. *ch. 233*).

417 Les ordonnances du Conseil fédéral font en principe l'objet d'un communiqué de presse. Les départements organisent librement l'information sur leurs ordonnances.

418 *Pour faciliter l'application de l'ordonnance, il est judicieux de publier le rapport explicatif sur Internet.* Il est important que les explications reflètent la situation au moment de la décision du Conseil fédéral. Si le projet a été modifié au cours de la procédure de co-rapport ou par le Conseil fédéral, les explications doivent être

adaptées en conséquence. En cas de mise à jour, l'estimation des coûts de la réglementation pour les entreprises doit être communiquée au SECO, responsable du monitoring (voir art. 5, al. 4, LACRE et art. 5, al. 2quater, Org DEFR).

Mise en œuvre

Voir *ch. 1049 ss.* *419*

Évaluation rétrospective

La loi et l'ordonnance formant un tout, l'impact de l'ordonnance ne peut ni ne doit être dissocié de celui de la loi. En règle générale, c'est au stade de l'adoption et de la mise en œuvre de la loi que les bases de l'analyse d'impact de la réglementation sont posées. L'évaluation rétrospective de l'ordonnance ne s'effectuera donc que si la loi elle-même doit être évaluée et de concert avec cette évaluation. *420*

Si l'adoption ou la modification d'une ordonnance déploie de nouveaux effets importants, il peut s'avérer utile de focaliser une évaluation sur ces aspects (v. *ch. 1157 ss*). *421*

5 Révision de la Constitution

Déclenchement et formes de la révision constitutionnelle

Déclenchement

422 La révision, totale ou partielle, de la Constitution peut être déclenchée par l'Assemblée fédérale, par un canton ou par le Conseil fédéral (art. 160, al. 1, et 181 Cst.). Elle peut par ailleurs provenir d'une initiative populaire (art. 138 et 139 Cst.), ce qui est souvent le cas dans la pratique.

Révision totale ou révision partielle

423 La Constitution fait une distinction entre révision totale et révision partielle (art. 193 et 194 Cst.). Ces deux formes de révision obéissent en effet à des règles différentes. Le présent guide n'approfondit pas la révision totale, très rare, puisqu'elle n'a été réalisée qu'à deux reprises, en 1874 et en 1999. Les révisions partielles, elles, sont fréquentes : fin 2024, la Constitution du 18 avril 1999 avait été modifiée plus de 100 fois. Ainsi, plus de quatre dispositions constitutionnelles ont été modifiées ou ajoutées en moyenne annuelle. Ces révisions ont été dirigées et coordonnées par les unités de l'administration fédérale compétentes dans le domaine concerné (Office fédéral des assurances sociales, Administration fédérale des contributions, Office fédéral de la justice, Office fédéral de la santé publique, Office fédéral des routes, Office fédéral de l'agriculture, Chancellerie fédérale, etc.).

Particularités de la révision constitutionnelle

Aperçu

424 Les travaux préparatoires d'un projet de modification constitutionnelle sont similaires à ceux d'une révision de loi et les dispositions relatives à la procédure législative s'appliquent pour l'essentiel (art. 192, al. 2, Cst.). On peut donc se reporter au chapitre 2 consacré aux lois (v. *ch. 50 ss*).

425 La procédure de révision constitutionnelle présente cependant quelques particularités, qui sont réglées dans la Constitution (art. 139, 139*b*, 156, al. 3, et 192 à 195 Cst.), dans la loi et l'ordonnance sur les droits politiques (art. 58 et 68 à 76 LDP, RS 161.1 ; art. 23 à 26 ODP, RS 161.11) et dans la loi sur le Parlement (art. 96 à 106 LParl, RS 171.10). Ces particularités concernent notamment :

- le dépôt, la forme, l'aboutissement, la validité et le retrait d'une initiative populaire ;
- la votation sur les initiatives populaires et les contre-projets directs ;
- l'adoption d'une révision partielle ;
- les délais que doivent respecter le Conseil fédéral et le Parlement ;
- l'entrée en vigueur.

Outre le texte de la modification constitutionnelle et le message du Conseil fédéral, les éléments suivants sont particulièrement importants pour l'élaboration du projet : 426

- la brochure des explications du Conseil fédéral, rédigée en vue de la votation populaire ;
- la réglementation de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ;
- la législation de mise en œuvre ;
- les ordonnances indépendantes que le Conseil fédéral doit édicter en vertu des dispositions transitoires de l'initiative populaire acceptée (exemples : art. 197, ch. 9 [Résidences secondaires], ch. 10, ch. 11 [Gestion de l'immigration] Cst.).

Explications du Conseil fédéral

La brochure des explications du Conseil fédéral est élaborée par la Chancellerie fédérale, en collaboration avec l'office en charge du dossier et, pour les arguments en faveur de l'initiative, avec le concours du comité d'initiative. Concernant l'organisation de ces travaux, se référer au ch. 284. 427

Référendum et entrée en vigueur

Les modifications constitutionnelles revêtent la forme d'un arrêté fédéral (art. 23 LParl) et sont soumises au vote du peuple et des cantons (référendum obligatoire, art. 140 Cst.). 428

En règle générale, elles entrent en vigueur dès leur acceptation en votation populaire (art. 195 Cst.), bien que le projet puisse prévoir une autre date (art. 15, al. 3, LDP). L'arrêté fédéral sur une imposition particulière des grands groupes d'entreprises (mise en œuvre du projet conjoint OCDE/G20), accepté par le peuple et les cantons le 18 juin 2023, en est un exemple : il prévoyait que les nouvelles dispositions constitutionnelles entreraient en vigueur le 1er janvier 2024 (art. 129*a* et 197, ch. 15, Cst.). 429

Dans certains cas, l'arrêté fédéral contenant la nouvelle norme constitutionnelle comprend une norme de délégation qui charge l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral de fixer la date de l'entrée en vigueur. 430

Exemple

- Arrêté fédéral du 17 décembre 2021 sur le financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la TVA, accepté par le peuple et les cantons le 25 septembre 2022 et mis en vigueur par le Conseil fédéral le 1er janvier 2024 (RO 2023 91).

Lois et ordonnances de mise en œuvre

Les nouvelles dispositions constitutionnelles doivent souvent être mises en œuvre ou concrétisées au niveau normatif inférieur (loi ou ordonnance). Que l'on se trouve face à un projet émanant des autorités ou à une initiative populaire, avec 431

ou sans contre-projet, il importe donc d'examiner les questions suivantes :

- Est-il nécessaire d'édicter des dispositions d'exécution, ou de modifier des lois ou des ordonnances en vigueur ?
- À quel moment ces adaptations doivent-elles être effectuées ?
- Le message relatif à la modification constitutionnelle doit-il déjà exposer les grandes lignes de la législation de mise en œuvre ? Conviendrait-il, à titre exceptionnel, de présenter au Parlement un projet législatif en même temps que la révision de la Constitution ?

Étapes

Projet des autorités

432 Lorsque le projet de modification de la Constitution émane du Conseil fédéral (art. 181 Cst.), les remarques et la procédure exposées dans le chapitre 2 consacré aux lois s'appliquent (v. *ch. 50 ss*). Les députés, les groupes et commissions parlementaires ainsi que les cantons (initiatives cantonales) peuvent soumettre à l'Assemblée fédérale une initiative demandant une révision de la Constitution (art. 160, al. 1, Cst.). Dans ce cas de figure, la procédure suit celle décrite au chapitre 3 (initiatives parlementaires).

Initiative populaire

Généralités

433 En règle générale, le Conseil fédéral se penche au moins cinq fois sur une initiative populaire, à savoir lorsqu'il :

- l'attribue à un département ;
- prend acte de son aboutissement ;
- approuve la note de discussion déterminant l'orientation du message ;
- approuve le message ;
- fixe la date de la votation populaire (art. 10, al. 1bis, LDP).

434 Le traitement des initiatives populaires se distingue à plusieurs égards du traitement des autres projets de révision partielle de la Constitution, et pas seulement jusqu'à l'aboutissement de l'initiative (examen préliminaire, collecte de signatures et constatation de l'aboutissement). Des règles et des procédures particulières s'appliquent en effet aussi aux étapes suivantes, soit l'élaboration du message que le Conseil fédéral adresse à l'Assemblée fédérale, la procédure devant le Parlement et la rédaction de la brochure d'explications du gouvernement. La Chancellerie fédérale et le département ou l'office responsables jouent un rôle prépondérant tout au long de ce parcours.

Tâches du département (ou de l'office) responsable

Lorsque la Chancellerie fédérale a entériné le libellé de l'initiative, le Conseil fédéral détermine le département en charge du dossier. Le département responsable (ou l'office auquel le mandat est délégué) effectue les tâches suivantes : *435*

- déterminer l'échéancier et la procédure ;
- élaborer une note de discussion concernant l'orientation du message du Conseil fédéral ;
- organiser une procédure de consultation sur un éventuel contre-projet direct (modification constitutionnelle) ou indirect (modification de lois ou d'ordonnances) et en évaluer les résultats ;
- rédiger le message du Conseil fédéral.

Sur demande, la Section des droits politiques de la Chancellerie fédérale informe l'office mandaté de la genèse de l'initiative et des délais à respecter. Elle est également à sa disposition pour toutes les questions de procédure. Elle ne donne cependant aucune information sur le contenu de l'initiative avant que l'examen préliminaire soit clos et ne commente pas la récolte des signatures tant qu'elle est en cours. *436*

Il est recommandé de réunir et de structurer les arguments pour et contre l'initiative dès le lancement de la récolte des signatures ainsi que d'envisager la possibilité d'élaborer un contre-projet direct ou indirect. *437*

Trois mois après le dépôt de l'initiative, le Conseil fédéral, se fondant sur la note de discussion du département responsable, décide s'il entend en recommander l'acceptation ou le rejet et s'il convient d'élaborer un contre-projet direct ou indirect.

Délais de traitement

La loi sur le Parlement prévoit pour chaque étape de la procédure des délais auxquels Conseil fédéral et Parlement doivent se tenir lors du traitement d'une initiative populaire demandant une révision partielle de la Constitution. Si l'initiative revêt la forme d'un projet rédigé, le Conseil fédéral doit présenter un message et un projet d'arrêté fédéral au Parlement dans les 12 mois qui suivent son dépôt. Si le Conseil fédéral élabore un contre-projet direct ou indirect (art. 97 LParl), ce délai est porté à 18 mois et une procédure de consultation doit être menée. *438*

Il peut arriver qu'un projet doive être réévalué en fonction de l'évolution du débat politique : si le Conseil fédéral renonce à son intention initiale de présenter un contre-projet direct ou indirect, il doit alors respecter le délai de 12 mois pour ne pas empiéter sur le délai dont dispose le Parlement pour traiter l'objet, soit 30 mois à compter du dépôt de l'initiative. *439*

Particularités des messages du Conseil fédéral concernant une initiative populaire

440 L'aide-mémoire de la Chancellerie fédérale sur la présentation des messages du Conseil fédéral contient un schéma de message spécial pour les initiatives populaires : des explications sur l'aboutissement, les délais de traitement et la validité de l'initiative doivent figurer dans le message, de même qu'une interprétation et une appréciation du texte.

Aboutissement

441 L'initiative populaire a formellement abouti si 100 000 signatures valables sont déposées auprès de la Chancellerie fédérale dans les 18 mois suivant la publication du texte dans la Feuille fédérale (art. 139, al. 1, Cst. ; art. 71 LDP). La Chancellerie fédérale le constate dans une décision publiée dans la Feuille fédérale (art. 72 LDP).

Examen de la validité

Généralités

442 Le message du Conseil fédéral relatif à une initiative populaire doit se prononcer sur la validité matérielle de celle-ci, la décision définitive incombant au Parlement. L'initiative est matériellement valide si elle respecte l'unité de la matière (art. 139, al. 3, et 194, al. 2, Cst.), l'unité de la forme (art. 139, al. 3, et 194, al. 3, Cst.) et les règles impératives du droit international (art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst. ; art. 75 LDP). Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'Assemblée fédérale déclare l'initiative totalement ou partiellement nulle (art. 139, al. 3, Cst. ; art. 75 LDP). L'invalidation totale est très rare (4 initiatives depuis 1955, la dernière étant l'initiative « Pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix », déclarée nulle en 1995). En 2015, l'Assemblée fédérale a déclaré partiellement nulle l'initiative dite « de mise en œuvre » car une formulation proposée violait les règles impératives du droit international (FF 2015 2487, 2013 8501 s.).

Unité de la matière

443 L'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative (art. 75, al. 2, LDP). Les normes proposées doivent présenter un rapport étroit entre elles et poursuivre un objectif commun. Il en va de la libre formation de l'opinion et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens. Il est admissible par exemple d'associer un objectif et les moyens nécessaires pour l'atteindre (financement), de combiner plusieurs revendications relevant du même sujet, ou encore de lier de nouvelles règles à des dispositions transitoires.

444 On trouvera plus d'explications sur la pratique du Conseil fédéral et du Parlement dans les messages suivants :

- Initiative populaire « Alléger les impôts sur les salaires, imposer équitablement

le capital », FF 2020 2705, 2711 s.

- Initiative populaire « Imposer les successions de plusieurs millions pour financer notre AVS (Réforme de la fiscalité successorale) », FF 2014 121, 126 ss.

Unité de la forme

445 L'unité de la forme est respectée lorsque l'initiative est déposée exclusivement sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou exclusivement sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 75, al. 3, LDP). Une combinaison des deux n'est pas admise, ne serait-ce que parce que la procédure à suivre n'est pas la même dans les deux cas.

Règles impératives du droit international

446 La violation de dispositions impératives du droit international entraîne l'invalidation totale ou partielle de l'initiative populaire (art. 139, al. 3, Cst.). Si la Constitution ne définit pas concrètement les normes concernées, Conseil fédéral et Assemblée fédérale ont développé une pratique en la matière, pratique détaillée notamment dans le message concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) » (FF 2013 8493, 8501 ss). Aux dispositions générales décrites à l'art. 53, 2e phr., de la Convention de Vienne *(jus cogens)* s'ajoutent certaines garanties de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU) auxquelles il ne peut être dérogé, pas même en état de nécessité.

Exécutabilité de fait

447 La seule limite matérielle non écrite posée à la révision de la Constitution est l'inexécutabilité de fait manifeste d'une initiative (Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 453). Les initiatives populaires qui, pour des raisons matérielles, apparaissent – manifestement et sans le moindre doute – impossibles à mettre en œuvre doivent être déclarées nulles. Les revendications formulées qui ne sont plus réalisables en raison de l'écoulement du temps en sont un exemple. C'est le cas de l'initiative populaire « Pour la réduction temporaire des dépenses militaires (trêve de l'armement) », que l'Assemblée fédérale a invalidée en 1955. De simples problèmes de mise en œuvre (par exemple de nature financière) ne peuvent en revanche pas justifier une invalidation. On trouvera dans le message concernant l'initiative populaire « Oui à la suppression des redevances radio et télévision (suppression des redevances Billag) » un exemple de réflexions approfondies sur l'inexécutabilité : en raison des délais très courts prévus dans les dispositions transitoires, l'acceptation de l'initiative aurait causé des problèmes sérieux, mais gérables, au cours du processus législatif (FF 2016 8013, 8019).

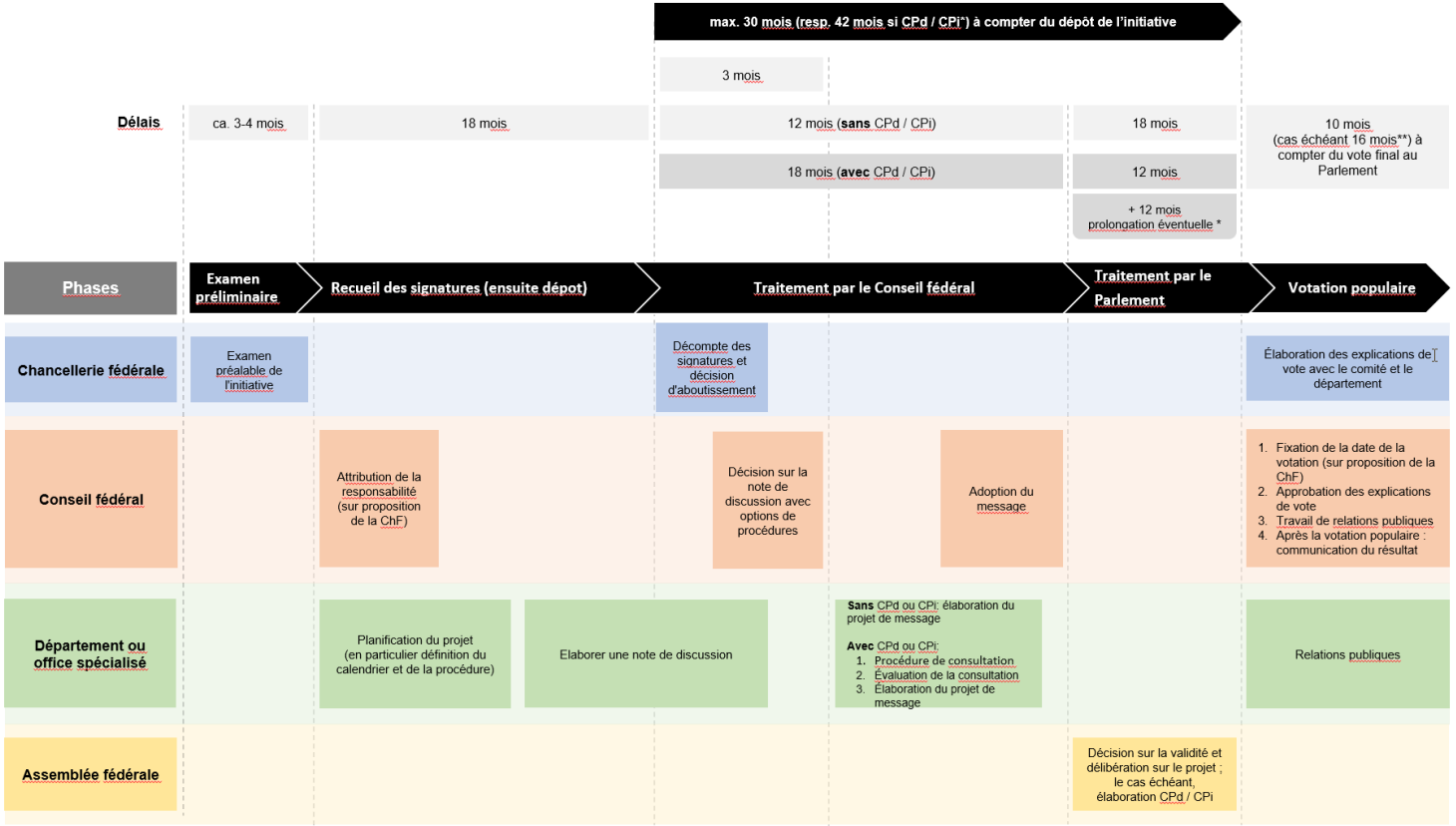
Appréciation de l'initiative et options qui s'offrent au Conseil fédéral

448 L'appréciation de l'initiative constitue une partie essentielle du message du Conseil fédéral. Il s'agit notamment d'évaluer les conséquences potentielles de l'acceptation de l'initiative. Ces commentaires doivent exposer les arguments en faveur et en défaveur de la révision. Il est également important de présenter les lois et les ordonnances de mise en œuvre qu'exigent de nombreuses initiatives en vertu de leurs dispositions transitoires (voir art. 197, ch. 8 ss, Cst. pour quelques exemples récents).

449 Le Conseil fédéral peut adopter quatre positions vis-à-vis de l'initiative, lorsqu'il formule sa recommandation au Parlement :

- recommander l'acceptation ;
- recommander le rejet ;
- recommander le rejet et l'élaboration d'un contre-projet direct ;
- recommander le rejet et proposer un contre-projet indirect.

En règle générale, il choisit une de ces options à un stade précoce, sur la base d'une note de discussion.



* Le Parlement peut prolonger le délai de traitement de douze mois dans le cas d'un contre-projet direct (CPd) ou d'un contre-projet indirect (CPi).

** Le délai est prolongé de six mois s'il commence à courir entre dix et trois mois avant les prochaines élections de renouvellement du Conseil national.

6 Droit international

Remarque préliminaire

450 L'élaboration de la législation interne et l'élaboration des traités internationaux obéissent à des règles propres. Pour le droit national, l'État est seul législateur ; il dispose d'une grande marge de manœuvre. En revanche, le droit international naît de la collaboration entre plusieurs États. Les traités sont toujours le résultat d'une négociation et des efforts de coopération entre plusieurs États ou organisations internationales.

451 Ce chapitre traite de la conclusion, de l'approbation et de la mise en œuvre des traités internationaux et contient quelques indications concernant la procédure relative à d'autres instruments internationaux tels que la *soft law* (« droit mou »).
La Direction du droit international public (DDIP) a présenté en détail dans son « Guide de la pratique en matière de traités internationaux » (édition 2015) les règles et la pratique suisse applicables en matière de traités internationaux.

Notion de traité international

452 Un traité international (*völkerrechtlicher Vertrag* ou *Staatsvertrag*/*Accordo internazionale* ou *Trattato*/*Treaty*) est un acte généralement conclu par écrit par lequel deux ou plusieurs sujets de droit international manifestent de manière concordante leur volonté d'assumer des engagements régis par le droit international (voir JAAC 51 [1987], IV, n° 58)

453 La terminologie employée pour désigner les divers types de traités internationaux existant est très variée, les termes les plus courants étant « charte », « accord », « statut », « convention », etc.

454 Pour savoir si un accord doit être qualifié de traité international contraignant ou être seulement considéré comme une déclaration d'intention non contraignante, il faut se fier non pas à son titre mais à son contenu et à la volonté des parties (voir JAAC 68.83, avec les références citées). Il faut procéder par interprétation.

Compétences

455 La Confédération est habilitée à conclure des traités internationaux, y compris dans des domaines politiques dont la législation ne relève pas de sa compétence mais de celle des cantons. La participation des cantons est ici garantie par la Cst. et la législation fédérale (voir art. 55 Cst. et loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération [LFPC ; RS 138.1]. Les cantons peuvent par ailleurs conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence (voir art. 56, al. 1, Cst.).

Droit international secondaire ou dérivé

Les organisations internationales peuvent prévoir la création d'organes spécifiques à même d'élaborer des dispositions de droit international « secondaire » ou « dérivé ». Si les États membres ont prévu cette possibilité dans l'acte fondateur de l'organisation, les décisions prises par les organes créés par cette dernière peuvent avoir un effet contraignant sur le plan international (par ex. décisions du Conseil de sécurité de l'ONU conformément à l'art. 25 de la Charte des Nations Unies ; RS 0.120). *456*

Il convient de prendre en considération les spécificités suivantes : *457*

- Il convient d'expliquer dans le message qui va représenter la Suisse ou le Conseil fédéral au sein de ces organes.
- Il y a lieu de déterminer si les décisions de ces organes spécifiques (relatives à des modifications du traité, de ses protocoles ou de ses annexes ou à des recommandations) doivent être approuvées par le Conseil fédéral et, éventuellement, par l'Assemblée fédérale (voir art. 184, al. 1, Cst.). Sont ici applicables les règles ordinaires en matière de conclusion et d'approbation des traités internationaux relevant de la législation nationale.
- Les recommandations et les décisions doivent en principe être publiées dans le RO. Dans certains cas, la mention de leur titre et l'adjonction d'une référence ou du nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus s'avèrent suffisantes (voir art. 5 LPubl).

Exemple :

- ordonnance du DETEC sur l'approbation de décisions et de recommandations internationales (RS 814.201.81).

Consultation

Traités devant faire l'objet d'une consultation

Une consultation est organisée lors des travaux préparatoires concernant les traités internationaux (voir art. 3 LCo) : *458*

- qui prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales ;
- qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ;
- dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ;
- qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- qui touchent des intérêts essentiels des cantons, ou
- dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

Traités ne devant pas faire l'objet d'une consultation

459 Il est possible, dans le cas des traités internationaux clairement acceptés et ne contenant aucun nouvel élément important, de renoncer à une procédure de consultation dans la mesure où aucune information nouvelle n'est à attendre d'une telle procédure (voir art. 3*a*, let. b, LCo). Pour garantir la transparence, les motifs de cette renonciation doivent être indiqués dans le message.

Moment de l'ouverture de la procédure de consultation

460 La procédure de consultation peut être ouverte avant l'attribution du mandat de négociation ou après la signature du traité. Il incombe à l'unité administrative compétente de déterminer le moment opportun, au point de vue matériel et tactique, pour ouvrir la consultation. Il lui faut toutefois veiller à ce que chaque traité ne fasse l'objet que d'une seule procédure de consultation.

461 L'ouverture de la procédure avant l'attribution du mandat garantit que les milieux externes y seront associés suffisamment tôt ; le fait d'identifier les points contentieux à ce stade permet d'éviter des renégociations ultérieures. Par contre, la publicité donnée au mandat peut affaiblir la position des négociateurs. En outre, la procédure peut parfaitement porter sur des points, voire sur un projet entier, qui seront abandonnés au cours des négociations.

462 En ouvrant la procédure après la signature du traité, on peut envoyer en consultation le texte définitif. Ce dernier n'est toutefois plus négociable, ce qui limite le rôle des participants à approuver ou à rejeter le traité dans son entier. La consultation vise à connaître le degré d'acceptation du traité par les milieux politiques et à savoir si celui-ci est exécutable.

Moyens auxiliaires

- indications de la Chancellerie fédérale « Foire aux questions (FAQ) relative au droit de la consultation révisé » ;
- guide de la pratique en matière de traités internationaux du DDIP.

Ouverture des négociations et composition de la délégation chargée des négociations

Compétences

463 Les traités internationaux sont négociés par le Conseil fédéral et par les départements compétents (voir art. 184, al. 1, Cst. ; voir également les instructions sur l'entretien des relations internationales de l'administration fédérale, FF 2000 2705), bien que la décision d'ouvrir des négociations revienne en principe au Conseil fédéral.

464 L'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure (voir art. 166, al. 1, Cst.). Le Conseil fédéral consulte les commissions des deux Chambres fédérales compétentes en matière de politique extérieure, qui peuvent donner au Conseil fédéral leur avis sur le mandat de négociation prévu pour des

traités internationaux importants (voir art. 152, al. 2 et 3, LParl). L'Assemblée fédérale ne participe toutefois pas aux négociations visant la conclusion d'un traité international.

465 Si leurs compétences sont affectées, le Conseil fédéral associe les cantons à la préparation des mandats de négociation (voir art. 55 Cst. et art. 5 LFPC)

466 Les lois spéciales peuvent prévoir d'autres obligations de consultation pour le Conseil fédéral (voir par ex. art. 66, al. 3, de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles ; LEHE, RS 414.20).

Composition de la délégation

467 Si les compétences des cantons sont affectées, des représentants cantonaux sont intégrés à la délégation. Ce peut également être le cas dans la situation contraire. Les représentants sont proposés par les cantons et nommés par la Confédération (voir art. 55 Cst. et art. 5 LFPC).

468 Des groupes d'intérêts suisses, notamment des associations et des organisations non gouvernementales, peuvent être associés à des conférences internationales ainsi qu'aux travaux de préparation et de suivi qui s'y rapportent (voir ch. 15, 17, 23, 24, 32 et 72 des directives concernant l'envoi de délégations à des conférences internationales, FF 2012 8761).

Fin des négociations

469 Les négociations sont considérées comme achevées dès lors que les plénipotentiaires y ayant participé ont signé ou paraphé le traité (voir art. 10 de la Convention de Vienne, CV).

Paraphe

470 Le paraphe (*Paraphierung*/*sigla*/*initialling*) consiste en l'apposition des initiales des négociateurs au bas de chaque page ou à la fin du traité. Cette formalité, qui est facultative, intervient au terme des négociations, lorsque les négociateurs ne disposent pas de pleins pouvoirs pour signer le traité ou lorsque les clauses de ce dernier s'écartent matériellement des instructions reçues.

Signature simple

471 La signature simple est effectuée, sous réserve de ratification, sur mandat du Conseil fédéral, qui désigne son ou ses représentants pour l'apposer (voir art. 184, al. 2, Cst.). Elle est une sorte de conclusion provisoire. Elle ne fait qu'attester l'authenticité du texte négocié et n'engage pas l'État signataire.

472 L'État signataire doit toutefois s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but (voir art. 18 CV). La Suisse ne signe donc que les traités qu'elle entend ratifier.

Approbation nationale

Traités approuvés par l'Assemblée fédérale

473 En règle générale, l'approbation des traités internationaux négociés et signés (signature simple) par le Conseil fédéral relève de la compétence de l'Assemblée fédérale (voir art. 166, al. 2, Cst. et art. 24, al. 2, LParl). L'approbation parlementaire intervient avant la ratification ou la signature définitive (v. *ch. 526*).

474 L'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux sous la forme d'un arrêté fédéral, lorsqu'ils sont soumis à référendum, et sous la forme d'un arrêté fédéral simple, lorsqu'ils ne le sont pas (voir art. 24, al. 3, LParl).

475 L'arrêté d'approbation traite également d'éventuelles réserves ou déclarations interprétatives.

Exemple de réserve :

- art. 1, al. 4, de l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (FF 2013 6629).

Exemple de déclaration :

- déclarations de la Suisse à la Charte européenne de l'autonomie locale (RS 0.102).

476 Lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, il peut contenir les modifications de lois liées à la mise en œuvre dudit traité ; lorsqu'il est soumis au référendum obligatoire, il peut également contenir les modifications constitutionnelles liées à la mise en œuvre dudit traité (voir art. 141*a* Cst.) (v. *ch. 534*).

Exemples d'arrêtés d'approbation contenant des modifications de lois :

- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote, FF 2013 6621) ;
- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (FF 2013 6629).

477 Les traités internationaux sont généralement soumis individuellement au Parlement, mais ils peuvent parfois l'être simultanément. En pareils cas, une clause autorisant l'élaboration d'accords d'exécution et de lois d'application peut être intégrée. Des exemples figurent dans le commentaire de la LParl, art. 24, ch. marg. 11 ss.

Traités conclus par le Conseil fédéral sur la base d'une délégation

478 Le Conseil fédéral peut conclure seul – sans approbation parlementaire – des traités internationaux lorsqu'une loi fédérale ou un traité international l'y autorise (voir art. 166, al. 2, Cst., art. 24, al. 2, LParl et art. 7*a*, al. 1, LOGA).

Exemples :

- art. 1, al. 1, du traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif à la taxe sur la valeur ajoutée dans la Principauté de Liechtenstein (RS 0.641.295.142) ;
- art. 31 de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI, RS 420.1).

Il est de plus en plus fréquent que le législateur autorise le Conseil fédéral à conclure des traités internationaux. *479*

Ces autorisations sont parfois assorties d'obligations de consulter, ou d'autorisations de sous-déléguer la compétence de conclure des traités aux départements et aux offices. *480*

Exemple d'obligation de consulter :

- art. 66, al. 3 de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE, RS 414.20).

Exemples de sous-délégation à des départements ou à des offices :

- art. 100, al. 4 et 5, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI, RS 142.20) ;
- art. 5, al. 2, de la loi fédérale sur la météorologie et la climatologie (LMét, RS 429.1).

Ces autorisations peuvent parfois prévoir que le Conseil fédéral est en mesure de conclure un traité dont le contenu déroge à la loi. *481*

Exemple :

- l'art. 25 de la loi fédérale sur la pêche (LFSP, RS 923.0) autorise, pour la pêche dans les eaux frontière suisses, le Conseil fédéral à conclure avec d'autres États des conventions pouvant contenir des dispositions qui dérogent à cette loi.

Compétence du Conseil fédéral pour conclure des traités de portée mineure

Le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux de portée mineure (voir art. 7*a*, al. 2, LOGA), l'approbation parlementaire n'étant, dans ce cas, pas requise. *482*

Conformément à l'art. 7*a*, al. 3, LOGA, sont considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui : *483*

- ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants ;
- servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale et se bornent à préciser des droits et des obligations ou des principes d'organisation qui sont déjà contenus dans le traité de base ;

- s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives et techniques.

484 Cette énumération n'est pas exhaustive. La pratique montrera si d'autres types de traités sont concernés. Le critère déterminant pour savoir si le Conseil fédéral est autorisé à conclure un traité de manière autonome est dans tous les cas celui de sa « portée mineure ».

485 Conformément à l'art. 7*a*, al. 4, LOGA, ne sont pas considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui :

- sont sujets au référendum en matière de traités internationaux (voir art. 141, al. 1, let. d, Cst.) ;
- contiennent des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons ;
- entraînent une dépense unique de plus de 5 millions de francs, ou des dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs par an.

486 Cette énumération n'est, elle non plus, pas exhaustive. D'autres motifs peuvent expliquer qu'un traité international entrant en principe dans l'une des catégories visées par l'art. 7*a*, al. 3, LOGA ne soit pas considéré comme un traité de portée mineure.

Délégation de la compétence en matière de conclusion des traités

487 Le Conseil fédéral peut déléguer à un département la compétence de conclure un traité international. En ce qui concerne les traités internationaux de portée mineure, il peut également déléguer cette compétence à un groupement ou à un office (voir art. 48*a*, al. 1, LOGA).

Approbation anticipée d'un traité

488 Exceptionnellement, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral peuvent approuver un traité international avant que son contenu ait été définitivement négocié. Il faut cependant que les éléments essentiels du traité soient connus au moment de l'approbation, ce en quoi l'application anticipée se distingue de l'autorisation (v. *ch. 478 ss* ; (voir JAAC 51 [1987] IV n° 58, ch. 7). L'approbation anticipée s'applique seulement à un traité dont la négociation se trouve à un stade avancé.

489 La compétence d'approbation parlementaire n'est pas déléguée au Conseil fédéral, mais l'Assemblée fédérale en fait un usage anticipé. Elle doit donc revêtir la forme, à l'instar de l'approbation donnée lors de la procédure ordinaire, d'un arrêté fédéral.

490 Une approbation anticipée n'entre pas en ligne de compte lorsque, de par son contenu, le traité est sujet ou soumis au référendum en matière de traités internationaux. En effet, l'Assemblée fédérale ne peut, par le biais de l'approbation anticipée, limiter les droits populaires en dépassant ainsi la compétence d'approbation qui lui est reconnue par la Cst. (voir art. 166, al. 2, Cst.).

Compte rendu annuel à l'Assemblée fédérale

Le Conseil fédéral présente chaque année à l'Assemblée fédérale un rapport rendant compte des traités conclus par lui-même, par les départements, par les groupements ou par les offices (voir art. 48*a*, al. 2, LOGA). Ce rapport est rédigé par la Direction du droit international public sur la base des informations fournies par les secrétariats généraux des départements. *491*

Si le Parlement estime qu'un traité a été conclu par le Conseil fédéral alors qu'il relevait en fait de sa compétence, il peut demander par voie de motion que le traité lui soit soumis après coup pour approbation. Si la motion est approuvée par les deux conseils, le Conseil fédéral doit alors adresser un message au Parlement. Si ce dernier n'approuve pas le traité, le Conseil fédéral doit le dénoncer dès que possible. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'a jamais été contraint d'adresser un message au Parlement. *492*

Application provisoire d'un traité

Un traité qui requiert l'approbation parlementaire peut s'appliquer en tout ou partie à titre provisoire si les États contractants en sont convenus (voir art. 25 CV). L'application provisoire déploie les mêmes effets que l'entrée en vigueur du traité. *493*

L'application d'un traité à titre provisoire est permise si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent (voir art. 7*b* LOGA). En Suisse, c'est le Conseil fédéral qui est compétent pour décider d'une application provisoire, mais il est tenu de consulter préalablement les commissions parlementaires compétentes. Il renonce à l'application à titre provisoire si les commissions compétentes des deux conseils s'y opposent (voir art. 7*b* LOGA et art. 152, al. 3bis, LParl). Le Conseil fédéral conserve, en revanche, toute sa marge de manœuvre lorsqu'une disposition légale spéciale l'autorise expressément à appliquer des traités internationaux à titre provisoire. *494*

Le Conseil fédéral doit soumettre au Parlement son message relatif à l'approbation du traité appliqué à titre provisoire dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire, faute de quoi l'application provisoire du traité prend fin automatiquement (voir art. 7*b* LOGA). *495*

Compétence de conclure des instruments non contraignants

Selon une pratique constante, l'Assemblée fédérale n'a pas à intervenir dans la conclusion d'instruments internationaux qui ne présentent pas de caractère contraignant du point de vue juridique mais qui en ont un du point de vue politique (par exemple déclaration commune d'intention). *496*

La conclusion de tels instruments relève en principe de la compétence du Conseil fédéral (voir art. 184, al. 1, Cst.). Un instrument international peut par ailleurs être conclu par un département s'il ne revêt qu'une importance très limitée sous l'angle de la conduite de la politique extérieure de la Suisse. En revanche, la compétence *497*

de conclure des instruments non contraignants ne peut être déléguée à des groupements ou à des offices que si ceux-ci disposent d'une délégation de compétence pour conclure également des traités dans le domaine en question.

Moyen auxiliaire

- communication conjointe du DDIP et de l'OFJ du 14 février 2006 (JAAC 70 [2006] IV n° 69).

Référendum en matière de traités internationaux

Aperçu

498 Dans les messages relatifs aux projets d'arrêtés fédéraux portant approbation de traités internationaux, il convient d'indiquer si ces projets sont sujets au référendum ou soumis au référendum et, le cas échéant, expliquer pourquoi ils le sont (voir aide-mémoire sur la présentation des messages).

499 Ce n'est pas le traité qui est sujet ou soumis au référendum, mais l'arrêté fédéral autorisant le Conseil fédéral à le ratifier.

500 Une modification d'un traité sujet ou soumis au référendum doit être munie de la clause référendaire si la modification, en soi, remplit les conditions du référendum facultatif ou obligatoire.

Référendum facultatif

501 Sont sujets au référendum les traités qui (voir art. 141, al. 1, let. d, Cst.) :

- sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables ;
- prévoient l'adhésion à une organisation internationale ;
- contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

Traités d'une durée indéterminée et non dénonçables

502 Un traité international est sujet au référendum s'il est d'une durée indéterminée et non dénonçable (voir art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst.).

Exemples :

- pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1) ;
- pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

503 Les traités qui sont d'une durée déterminée ou dénonçables lorsqu'ils ont atteint leur but doivent toutefois être soumis au référendum facultatif s'ils entraînent des engagements de durée indéterminée et non dénonçables pour la Suisse.

504 Le traité sur l'Antarctique (RS 0.121), ratifié par la Suisse en 1990 et qui prévoit que les parties ne peuvent se retirer que dans des situations très particulières (voir art. XII, ch. 2, let. c), a, lui aussi, été sujet au référendum.

Les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée et dépourvus de clause de dénonciation ne sont, quant à eux, pas sujets au référendum, conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst., si la possibilité de les dénoncer ou d'en sortir peut être déduite de la volonté des parties ou de la nature du traité (voir art. 56 CV). 505

Les traités qui font dépendre la dénonciation de certaines conditions ne sont pas non plus sujets au référendum, dans la mesure où ces conditions ne portent pas atteinte à la substance du droit de dénonciation. 506

Exemples :

- art. IV du traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace cosmique et sous l'eau (RS 0.515.01) ;
- art. X du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (RS 0.515.03) ;
- art. VIII du traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (RS 0.515.04).

Tous ces traités font dépendre leur dénonciation de l'existence d'événements extraordinaires en rapport avec l'objet de l'accord et mettant en péril les intérêts supérieurs du pays. Chaque pays se prononce toutefois de manière indépendante sur la réalisation de ces conditions. Pour ce type de traités, il convient de vérifier systématiquement s'ils sont sujets au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 2 et surtout ch. 3, Cst. 507

Traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale

L'organisation internationale au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 2, Cst. présente les caractéristiques suivantes (voir JAAC 42 [1978], II, n° 38 ; JAAC 44 [1980], I, n° 1 ; FF 1987 III 182 s.) : 508

- elle repose sur un traité international ;
- ses membres sont des États ou d'autres sujets de droit international ;
- elle dispose de ses propres organes qui ont une volonté propre, distincte de celle des États membres ;
- elle possède sa propre personnalité juridique et elle peut en particulier conclure des traités avec des États et d'autres organisations internationales.

Exemples :

- Institutions de Bretton Woods (message : FF 1991 II 1215 ss ; arrêté fédéral : FF 1991 II 1228)
- Organisation mondiale du commerce (message : FF 1994 IV 410 ss ; arrêté fédéral : FF 1994 IV 421 s.)
- Centre consultatif sur la législation de l'OMC (message : FF 2003 996 ; arrêté fédéral : FF 2003 2570)
- Agence de coopération et d'information pour le commerce international (message : FF 2003 984 ; arrêté fédéral : FF 2003 2571)

509 L'approbation de traités de révision de traités antérieurs instituant une organisation internationale n'équivaut pas à une nouvelle adhésion lorsque les objectifs initiaux et les attributions de l'organisation internationale n'ont pas subi de modifications substantielles. Elle n'est dès lors pas sujette à référendum.

Exemple d'arrêté fédéral non sujet au référendum en matière de traités internationaux :

- arrêté fédéral portant approbation des modifications de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (FF 2012 963).

510 Il est toutefois possible que la modification contienne des dispositions importantes fixant des règles de droit et que le traité soit, par conséquent, sujet au référendum.

Exemple :

- arrêté fédéral concernant l'approbation des amendements à la Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations (FF 2013 4209 ; message : FF 2012 8447).

Traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales

Principe

511 Les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales sont sujets au référendum (voir art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.).

Dispositions importantes fixant des règles de droit

512 Par dispositions fixant des règles de droit, il faut entendre les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (voir art. 22, al. 4, LParl). Toutes les dispositions contenues dans des traités conclus entre sujets de droit international ne répondent pas nécessairement à ces critères. Les traités qui n'ont, par nature, pas un caractère général et abstrait n'entrent ainsi pas dans cette catégorie.

Les dispositions qui fixent des règles de droit sont notamment celles qui sont directement applicables (ou « justiciables », ou « *self-executing* »). Entrent cependant aussi en ligne de compte les dispositions générales et abstraites qui confèrent des droits et imposent des obligations à la Confédération et aux cantons, comme c'est le cas des dispositions qui ne sont pas directement applicables. 513

L'art. 164, al. 1, Cst. fournit une liste non exhaustive des dispositions qui sont considérées comme importantes. La question décisive à se poser est la suivante : compte tenu de leur contenu normatif, les dispositions du traité international en question devraient-elles être édictées, si elles faisaient partie du droit interne, sous la forme d'une loi au sens formel ? (voir JAAC 68 [2004] n° 83 ; JAAC 69 [2005] n° 75). 514

Exemples :

- message du 1er février 2006 concernant les accords avec l'Albanie et la Macédoine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (FF 2006 2127 2142) ; arrêté fédéral du 23 mars 2007 (RO 2007 3911) ;
- arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant la circulation transfrontalière d'armes à feu (RO 2013 1127) ;
- message du 11 décembre 2015 portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications (FF 2016 179).

Doivent également être considérées comme importantes les dispositions qui prévoient des obligations internationales qui se retrouvent déjà dans la législation interne et qui ne nécessitent donc pas de mise en œuvre au niveau de la loi au sens formel. Le fait que les dispositions contenues dans le traité prévoient une inscription de ces obligations dans une loi au sens formel prouve d'ailleurs leur caractère important. Au demeurant, de telles obligations internationales limitent la marge de manœuvre du législateur fédéral et cantonal qui ne pourra désormais plus modifier la législation interne sans que le Conseil fédéral ait préalablement dénoncé le traité à l'origine de ces obligations. 515

Exemples :

- arrêté fédéral portant approbation du Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (FF 2014 5085) ;
- message du 24 août 2016 concernant la ratification du protocole additionnel à la charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales (FF 2016 6737).

516 Par ailleurs, le fait que la mise en œuvre d'un traité international puisse avoir lieu sous la forme d'une ordonnance ne suffit pas pour conclure, en l'espèce, que ledit traité ne contient pas de dispositions importantes fixant des règles de droit et que son approbation échapperait, par voie de conséquence, au référendum. En effet, le fait même qu'une norme de délégation a été inscrite dans une loi au sens formel peut au contraire être interprété comme un indice en faveur de l'importance de la matière déléguée.

Exemples :

- arrêté fédéral portant acceptation d'un amendement à la Convention d'Espoo du 4 juin 2004 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (FF 2012 7643 ; message, FF 2012 1577) ;
- arrêté fédéral portant approbation du Protocole du 30 novembre 1999 à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (RO 2006 257 ; message, FF 2004 2818 s.).

517 Tout traité qui contient des dispositions importantes fixant des règles de droit doit être soumis au référendum facultatif, même si la Suisse a déjà conclu avec un certain nombre d'Etats des accords similaires (comme c'est souvent le cas des traités de libre-échange, de double imposition, de protection des investissements et de sécurité sociale). Le législateur peut toutefois déléguer la conclusion de ces traités au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale, dans un acte lui-même sujet au référendum (loi fédérale ou arrêté d'approbation).

Mise en œuvre exigeant l'adoption de lois fédérales

518 L'approbation des traités internationaux dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ou la modification de lois existantes est sujette au référendum. Si la loi fédérale adoptée en vue de permettre la mise en œuvre du traité est déjà en vigueur lorsque ce traité est approuvé, l'arrêté fédéral portant approbation de ce traité est néanmoins sujet au référendum. En effet, il oblige la Suisse à maintenir, en vertu du droit international, la législation en la matière (cf. *ch. 515*).

Exemples :

- message du 25 mai 2011 relatif à l'approbation et à la mise en œuvre du Protocole de l'ONU sur les armes à feu (FF 2011 4217, 4278) ;
- autres exemples dans JAAC 69 [2005] n° 75, annexe p. 914 ss.

Révision partielle ultérieure et référendum facultatif

519 Quant à la question de savoir si une révision partielle ultérieure d'un traité international remplit les conditions de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. et doit également être sujette au référendum, il faudra examiner la nature juridique et la portée des dispositions de modification.

Référendum obligatoire

Sont soumis au référendum obligatoire du peuple et des cantons les traités qui prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective (par ex. l'ONU) ou à des communautés supranationales (par ex. l'UE) (voir art. 140, al. 1, let. b, Cst.). *520*

Organisations de sécurité collective

Une organisation de sécurité collective se fonde sur l'interdiction du recours à la force entre États membres, ainsi que sur l'obligation d'agir en commun contre un État membre qui viole cette interdiction (la violation de l'interdiction du recours à la force étant l'affaire de tous). Contrairement aux traités d'alliance, les traités de sécurité collective sont dirigés contre l'utilisation de la force entre les États membres et non contre une attaque venue de l'extérieur. Les organisations de sécurité collective disposent d'un mécanisme de règlement pacifique des différends et d'un organe qui peut prendre des sanctions. *521*

L'organisation de sécurité collective la plus connue est l'ONU. Les seuls cas de référendum obligatoire en matière de traités internationaux – mis à part la votation sur l'EEE – existant à ce jour concernent cette organisation. *522*

Exemple :

- arrêté fédéral sur l'initiative populaire « Pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU) » (RO 2002 885).

Communautés supranationales

Une communauté possède un caractère supranational lorsqu'elle répond aux quatre critères suivants : *523*

- ses organes sont constitués de personnes indépendantes qui ne sont pas liées par les instructions du gouvernement de leurs pays d'origine ;
- ses organes exercent leurs pouvoirs à la majorité simple ou qualifiée des membres et non selon le principe de l'unanimité ;
- ses décisions entrent directement en force et obligent directement les particuliers ;
- ses compétences matérielles sont relativement étendues.

Exemples :

- l'UE constitue un exemple typique d'organisation supranationale (FF 1974 II 1133, 1157) ;
- ne sont pas des organisations supranationales :
  - l'EEE (FF 1992 IV 1, 527 s.) ;
  - l'OMC (FF 1994 IV 407 ss) ;
  - l'association à Schengen/Dublin (FF 2004 5911 ss) ;
  - le GATS ; le Conseil national a rejeté le caractère supranational car une adhésion au GATS n'implique pas automatiquement d'adaptations juridiques (voir iv. pa. 05.407 et BO N 2006 980).

Référendum obligatoire extraordinaire

524 Même s'il ne remplit pas les critères de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst., un traité international peut être soumis au vote du peuple et des cantons si son importance l'élève au rang d'une norme constitutionnelle et s'il modifie profondément la structure de l'État (FF 2010 6353, 6374).

Exemple :

- l'accord EEE a été soumis au référendum obligatoire compte tenu de son importance politique et économique toute particulière et en raison du fait que l'arrêté d'approbation prévoyait une révision de la Cst. (voir message EEE : FF 1992 IV 1, 529 ; arrêté fédéral : 1992 VI 53 s.).

525 Compte tenu de leur objet et de leur portée, les accords d'association à Schengen/Dublin n'ont, quant à eux, pas été considérés comme étant de rang constitutionnel (FF 2004 5913).

Ratification ou signature définitive

Ratification

526 La ratification est effectuée par le Conseil fédéral après une éventuelle approbation donnée par l'Assemblée fédérale (voir art. 184, al. 2, Cst.). Elle manifeste, en droit international, la volonté définitive d'un État d'être lié par un traité, sous réserve de son entrée en vigueur. Elle s'effectue généralement par le biais d'un échange des instruments de ratification entre les parties contractantes ou de leur dépôt auprès du dépositaire désigné.

Signature définitive

527 Effectuée par un représentant du Conseil fédéral, la signature définitive équivaut quant à ses effets juridiques à la ratification.

528 Ce mode d'engagement est l'exception. Il n'est admissible que:

- lorsque le traité le prévoit,
- lorsque les plénipotentiaires le précisent, et
- le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale a donné son consentement préalable ou si la conclusion du traité en question a été déléguée à un département ou à un office en vertu d'une base légale formelle.

Entrée en vigueur

529 Les traités internationaux et les obligations qui en découlent sont directement applicables en Suisse (monisme ; voir *ch. 680 ss*).

530 Afin d'engager les personnes concernées, les traités internationaux doivent toutefois être publiés dans le RO (voir art. 8 LPubl ; voir *ch. 32*).

Mise en œuvre

Compétences

531 Les compétences relatives à la mise en œuvre des traités internationaux sont régies par le partage des compétences au plan interne : les cantons et la Confédération sont responsables de la mise en œuvre dans les domaines relevant de leurs compétences respectives.

Mise en œuvre par les cantons

532 Compte tenu de ses compétences étendues en matière de politique extérieure, la Confédération peut également conclure des traités internationaux dans des domaines qui relèvent, sur le plan national, de la compétence des cantons. La responsabilité de la mise en œuvre nationale de ces traités incombe, dans ce cas, aux cantons (FF 1997 I 231 s.). Ces derniers sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires (voir art. 7 LFPC).

533 En tant que sujet de droit international public, la Confédération est responsable du respect des obligations de droit international. Dans le cadre de la surveillance fédérale, elle peut donc contrôler la manière dont les traités internationaux sont appliqués et interprétés par les cantons (voir art. 49, al. 2, Cst.). Elle peut, si nécessaire, leur enjoindre d'appliquer des traités internationaux de manière correcte et en temps utile et prendre, le cas échéant, les mesures requises à leur place.

Mise en œuvre par la Confédération

534 Lorsque la mise en œuvre d'un traité international relève de la compétence de la Confédération, l'art. 141*a* Cst. donne à l'Assemblée fédérale la compétence d'intégrer dans l'arrêté d'approbation les modifications constitutionnelles ou législatives liées à la mise en œuvre dudit traité. L'Assemblée fédérale ne peut faire usage de cette compétence, en cas de modifications constitutionnelles, que si l'arrêté d'approbation est soumis au référendum et, en cas de modifications législatives, que si l'arrêté d'approbation est sujet au référendum. Ces dernières années, elle en a très souvent fait usage. Cette compétence permet en effet d'éviter les votes inutiles et les votes contradictoires, comme ceux où un traité est accepté mais sa législation de mise en œuvre rejetée (FF 2001 5795 s.).

535 Peuvent être intégrées dans l'arrêté d'approbation d'un traité les dispositions d'exécution qui découlent directement des obligations internationales et pour lesquelles aucune marge de manœuvre n'est laissée au législateur national.

Exemples :

- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre du troisième Protocole additionnel du 8 décembre 2005 aux Conventions de Genève de 1949, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (RO 2007 185) ;
- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (RO 2014 1021).

536 Peuvent cependant également être intégrées dans l'arrêté fédéral des dispositions d'exécution pour lesquelles une certaine marge de manœuvre est laissée au législateur national. L'Assemblée fédérale n'a pas encore mis au point de pratique claire concernant l'application de l'art. 141*a* Cst. Elle semble toutefois plutôt faire preuve de largesse d'esprit lorsqu'il s'agit de lier des dispositions d'exécution à la mise en œuvre d'un traité.

Exemples :

- arrêté fédéral relatif à l'approbation de l'Acte portant révision de la Convention sur le brevet européen et à la modification de la loi sur les brevets (RO 2007 6479) ;
- arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse, l'Autriche et le Liechtenstein concernant la coopération policière transfrontalière (RO 2014 2297).

537 En revanche, les mesures d'accompagnement motivées par des considérations purement internes en relation avec la mise en œuvre d'obligations internationales ne devraient pas être intégrées dans l'arrêté d'approbation du traité et faire ainsi l'objet d'une votation globale (voir message concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2004 6187, 6209).

2ème partie : Formes et structuration des actes législatifs

7 Formes des actes législatifs

Introduction

La compétence d'édicter des règles de droit sur le plan fédéral appartient à différents organes : 538

- le peuple et les cantons conjointement ;
- l'Assemblée fédérale, avec ou sans le concours du peuple ;
- le Conseil fédéral et l'administration fédérale (départements ou offices) ;
- les Tribunaux fédéraux, dans un domaine très restreint.

Les actes législatifs de la Confédération peuvent revêtir les formes suivantes (voir art. 163 Cst.) : 539

- Constitution fédérale ;
- loi fédérale ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale ;
- ordonnance du Conseil fédéral et des unités qui lui sont subordonnées ainsi que des tribunaux fédéraux.

Les actes qui ne fixent pas de règles de droit peuvent revêtir les formes suivantes : 540

- arrêté fédéral ;
- arrêté fédéral simple ;
- directives, instructions, circulaires, etc. (ordonnances administratives) ;

Les formes d'actes législatifs fixant des règles de droit s'inscrivent dans une hiérarchie (pour les détails, voir *ch. 551 ss*). La Constitution est au-dessus des lois, elles-mêmes placées au-dessus des ordonnances. Par conséquent, la Constitution peut déroger aux lois et aux ordonnances en vigueur, mais en revanche les lois et les ordonnances doivent tojours être conformes à la Constitution. Les normes de rang supérieur sont adoptées selon une procédure plus complexe, qui leur confère une plus grande légitimité et, en règle générale, une plus grande permanence. La hiérarchie des normes souffre cependant une anomalie, dans la mesure où le Tribunal fédéral doit appliquer la loi au sens formel même s'il la juge anticonstitutionnelle (voir art. 190 Cst.). 541

Règle de droit

Notion

542 Une règle de droit se définit comme une norme générale et abstraite qui crée des obligations, confère des droits ou attribue des compétences (art. 22, al. 4, LParl) :

- *générale* : la disposition contraignante s'adresse à un cercle de destinataires qui ne sont pas individuellement déterminés (cercle de destinataires ouvert ou indéterminé) ;
- *abstraite* : la disposition contraignante vise un nombre indéterminé de situations concrètes (toutes celles pour lesquelles les éléments constitutifs de la réglementation sont réunis) ;
- *réglementation directement contraignante* par oppostition à une recommandation ou instruction non contraignante donnée à l'administration, par exemple.

Distinction entre règle de droit et décision

543 D'après l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), les décisions sont des mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations. Contrairement à la règle de droit, la décision n'est ni générale, car elle s'adresse à un cercle déterminé de destinataires, ni abstraite, car elle vise une situation concrète. La décision doit reposer sur une base juridique supérieure (*v. ch. 698 ss*).

544 La décision de portée générale se situe entre la règle de droit et la décision : à l'instar de la règle de droit, elle s'adresse à un nombre important de personnes qui ne sont pas individuellement déterminées ; en revanche, elle vise à régler un état de fait circonscrit quant à son objet au temps ou/et à l'espace (par exemple les signaux de la circulation routière, la protection d'un site historique ou naturel). Elle a donc un caractère général, mais concret et non abstrait.

	Règle de droit		Décision de portée générale		Décision	
Destinataire	général	individuel	général	individuel	général	individuel
État de fait	abstrait	concret	abstrait	concret	abstrait	concret

545 La distinction entre décision et règle de droit a des conséquences sur le plan de la compétence, de la publication ou de la notification et des voies de recours.

- Règle de droit : une règle de droit est édictée par l'autorité qui en a expressément la compétence (peuple et cantons, Assemblée fédérale, Conseil fédéral, tribunaux fédéraux, départements, groupements, offices). L'acte législatif doit être publié conformément à la LPubl (RS 170.512, v. *ch. 301*). Une règle de droit fédéral n'est en principe pas susceptible de recours en tant que telle.
- Décision de portée générale/décision : en vertu de l'art. 1 PA, ont la compétence de rendre des décisions les autorités fédérales et les organisations indépendantes de l'administration fédérale qui statuent dans l'accomplissement de

tâches de droit public à elles confiées par la Confédération (par exemple Fonds national suisse). Ces décisions doivent être notifiées avec l'indication des motifs et des voies de recours (voir art. 34 ss PA ; l'art. 36, let. c, PA concerne les décisions de portée générale). Les personnes directement concernées peuvent former recours devant le Tribunal administratif fédéral ou agir par la voie du recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (v. *ch. 753 ss*).

Exemple :

- Décision de portée générale de l'Office fédéral de l'agriculture du 15 février 2023 concernant l'homologation d'un produit phytosanitaire dans des cas particuliers (FF 2023 438). Cette décision est fondée sur l'art. 40 de l'ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (RS 916.161).

546 Une prescription concernant un objet, telle que l'interdiction d'un produit particulier, ne peut prendre la forme d'une décision de portée générale que si l'objet en question est concrètement décrit, moyennant l'indication du fabricant ou de la marque et du type (par ex. « débroussailleuse BROGIO Flail Head »). Si l'objet est décrit de manière générique (par exemple « débroussailleuse à fléaux »), il s'agit d'une règle générale et abstraite (sur la notion de décision de portée générale, voir le commentaire de la LParl, art. 22, ch. 36 ss).

Distinction entre ordonnance législative et ordonnance administrative

547 « Ordonnance administrative » est un terme générique désignant des règles générales et abstraites qui ne fondent pas de manière directement contraignante des droits ou des obligations pour les sujets de droit, mais qui guident l'exécution des normes contraignantes (directives, instructions, circulaires, brochures d'une branche, communications générales, etc.). Il s'agit d'une catégorie dogmatique et non d'une forme particulière d'acte ou d'un type spécifique d'ordonnance (laquelle est directement contraignante du point de vue juridique).

548 Ces actes ont notamment pour but d'organiser le travail de l'administration (par ex. les directives de la Chancellerie fédérale régissant la préparation et le déroulement des affaires du Conseil fédéral, «classeur rouge») ainsi que de codifier et d'unifier la pratique par l'interprétation des normes légales et réglementaires (par ex. les directives et mémentos de l'Office fédéral des assurances sociales concernant les cotisations aux assurances sociales, www.bsv.admin.ch > Assurances sociales > Aperçu > Cotisations aux assurances sociales).

549 La différence entre les ordonnances législatives (juridiquement contraignantes) et les ordonnances administratives réside dans l'autorité compétente, dans la publication et dans les effets juridiques qu'elles déploient :

- Les ordonnances (législatives) sont édictées par des autorités (Assemblée fédérale, Conseil fédéral, tribunaux fédéraux, départements, groupements, offices) expressément habilitées à cet effet. Elles doivent obéir aux DTL et sont publiées conformément aux dispositions de la LPubl (RS 170.512, v. *ch. 301*). Leur publication officielle les rend directement applicables pour tous les sujets de droit et pour les organes d'exécution.
- La compétence d'édicter des ordonnances administratives ne nécessite pas de fondement dans le droit supérieur, même s'il en existe parfois (exemples : art. 7, al. 1, let. b LFINMA, art. 64a, al. 1, let. b et c LAI). Les ordonnances administratives se fondent sur un pouvoir hiérarchique ou une compétence de surveillance, qui permet à une autorité supérieure de donner une ligne de conduite aux personnes ou aux autorités chargées de l'application de la loi. Les ordonnances administratives ne s'adressent qu'aux autorités et ne sont valables que dans les relations entre les unités administratives supérieures et subordonnées, mais pas dans les relations externes entre l'Etat et les citoyens. Dès lors, les directives, instructions et circulaires ne sont en principe pas contraignantes pour des tiers. Elles ne lient pas non plus les tribunaux (même si ces derniers en tiennent généralement compte et ne s'en écartent qu'exceptionnellement, en particulier lorsqu'elles ne sont pas conformes à la loi). Ces textes n'ont donc pas à être publiés officiellement. Ils paraissent cependant souvent sur le site Web de l'autorité qui les a émis. Etant donné que les ordonnances administratives peuvent produire indirectement des effets juridiques pour des tiers, cette catégorie est parfois remise en question par la doctrine (voir le commentaire de la LParl, art. 22, ch. 26).

Exemples :

- Circulaires de la FINMA concernant la législation sur les marchés financiers, www.finma.ch > Documentation > Circulaires.
- Directives d'application du DFAE sur l'aide sociale aux Suisses et Suisses de l'étranger et le prêt d'urgence à des personnes séjournant temporairement à l'étranger (www.eda.admin.ch > Le DFAE > Organisation du DFAE > Directions > Direction consulaire > > Aide sociale aux Suisses de l'étranger (ASE).

550 La réglementation par le biais de directives, instructions ou circulaires n'est admissible que si ces dernières régissent le comportement de leurs destinataires de manière relativement souple (avec des possibilités de déroger à la règle dans des cas particuliers, « droit mou »). Si l'on veut édicter une réglementation contraignante, l'acte doit prendre la forme d'une loi ou d'une ordonnance.

Les formes d'actes normatif

Aperçu

Au moment d'élaborer un acte normatif, il convient de veiller à l'ancrer au bon niveau hiérarchique de réglementation. Si la Confédération n'a pas de compétence législative dans le domaine en question, il faut dans un premier temps modifier la Constitution. Dans les autres cas, il convient d'examiner si la réglementation doit faire l'objet d'une loi et d'une ordonnance. Sous certaines conditions, il est possible d'habiliter une autorité inférieure à édicter des normes primaires (ordonnance de substitution). Enfin, il peut être justifié d'instaurer un contrôle sur la législation qui a été déléguée. *551*

Constitution fédérale

La Constitution fédérale est placée au sommet de la hiérarchie des normes. Elle forme la base des lois fédérales. Elle règle les principes fondamentaux de l'État fédéral, à savoir les tâches et l'organisation de la Confédération (partage des compétences entre la Confédération et les cantons, entre le Parlement, le gouvernement et les tribunaux, système des droits politiques) et détermine le statut des citoyens (droits fondamentaux, droits politiques, buts sociaux). Elle contient aussi un mécanisme de révision constitutionnelle. *552*

La Constitution fédérale est plus difficilement modifiable que les lois et les ordonnances. En effet, toute modification constitutionnelle doit être approuvée par la majorité du peuple et des cantons (art. 140, al. 1, let. a, et 195 Cst.). ; elle peut avoir pour origine une initiative populaire (accompagnée éventuellement d'un contreprojet ; art. 138 ss. Cst.) ou un projet de l'Assemblée fédérale (art. 192 ss Cst.). *553*

Loi fédérale et ordonnance de l'Assemblée fédérale

Loi fédérale

La loi fédérale est un acte de l'Assemblée fédérale sujet au référendum facultatif (voir art. 163, al. 1, en relation avec l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Outre des dispositions fixant des règles de droit, les lois peuvent contenir des dispositions ayant une portée individuelle et concrète (voir par ex. les art. 23 ss de la loi fédérale sur la radio et la télévision [LRTV ; RS 784.40], qui règlent les devoirs d'une société particulière, la SSR). En revanche, elles ne peuvent pas revêtir la forme d'un acte individuel. *554*

La loi fédérale se situe, dans la hiérarchie des normes, directement en dessous de la Constitution. Elle est plus facile à modifier que cette dernière (référendum facultatif, simple majorité du peuple), mais plus difficile qu'une ordonnance (pas de référendum). *555*

Les lois fédérales peuvent être déclarées urgentes et immédiatement entrer en vigueur (art. 165 Cst.). Elles doivent alors être limitées dans le temps. Si une loi fédérale urgente n'est pas acceptée en votation populaire, elle ne peut pas être *556*

renouvelée (voir art. 165, al. 4, Cst.). La Constitution fédérale distingue deux types de lois fédérales urgentes limitées dans le temps :

- La loi fédérale urgente conforme à la Constitution (voir art. 165, al. 1 et 2, Cst.). Ce type de loi se fonde sur une base constitutionnelle et doit être soumise au référendum facultatif *a posteriori* si elle est d'une durée (limitée) de plus d'un an (art. 141, al. 1, let. b, Cst.). Cette solution permet de la mettre en vigueur avant la tenue du référendum (v. *ch. 1002*).
  Si la loi fédérale urgente est rejetée en votation populaire, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale.

Exemple :

- Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (RS 818.102).

- La loi fédérale urgente dépourvue de base constitutionnelle (voir art. 165, al. 3, Cst.). Les lois fédérales urgentes qui n'ont pas de base constitutionnelle doivent être soumises à un référendum obligatoire *a posteriori* et nécessitent l'approbation du peuple et des cantons. Elles ont par conséquent rang constitutionnel. Si une telle loi fédérale est rejetée en votation populaire, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale.

557 Toutes les dispositions importantes fixant des règles de droit doivent revêtir la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, Cst.). Les édicter sous forme d'ordonnance contrevient au principe de la légalité. Appartiennent à cette catégorie notamment les dispositions fondamentales relatives :

- à l'exercice des droits politiques ;
- à la restriction des droits constitutionnels ;
- aux droits et aux obligations des personnes ;
- à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts ;
- aux tâches et aux prestations de la Confédération ;
- aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;
- à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

558 La délégation de compétences législative doit aussi être réglée dans une loi (art. 164, al. 2, Cst. ; v. *ch. 704*).

559 - Ni la Constitution fédérale ni les lois fédérales n'indiquent, au-delà de l'art. 164, al. 1, Cst, les critères permettant de distinguer les dispositions importantes de celles qui ne le sont pas, et quelles dispositions doivent être considérées comme fondamentales. Les critères pertinents pour la distinction sont notamment les suivants:
- l'intensité de la restriction des droits fondamentaux,
- la portée du pouvoir conféré pour le système politique suisse,

- la portée du cercle de destinataires touché,
- les conséquences financières importantes,
- la nature politiquement controversée d'une mesure.

Ordonnance de l'Assemblée fédérale

L'Assemblée fédérale peut être habilitée par la Constitution fédérale (par exemple art. 159, al. 4, Cst.) ou par une loi fédérale à édicter une ordonnance (législative). Ces ordonnances règlent en particulier les dispositions d'exécution concernant l'organisation et les activités de l'Assemblée fédérale mais elles peuvent aussi concerner d'autres domaines. Elles ne sont pas sujettes au référendum. 560

Exemples :

- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement (ORInt ; RS 171.117) ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur l'organisation de l'armée (OOrgA ; RS 513.1).

Arrêté fédéral

Les arrêtés fédéraux sont des actes de l'Assemblée fédérale qui ne fixent pas en eux-mêmes de règles de droit (art. 163, al. 2, Cst.). 561

On distingue deux formes d'arrêtés fédéraux : 562

- l'*arrêté fédéral* soumis au référendum obligatoire (par exemple modification de la Cst., adhésion à des organisations de sécurité collective ou des communautés supranationales au sens des art. 140, al. 1, let. a et b, Cst.) ou sujet au référendum facultatif (par exemple traités internationaux au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.). Les arrêtés fédéraux sont publiés au RO et au RS.

Exemples :

- approbation de traités internationaux soumis au référendum (art. 24, al. 3, LParl) ;
- déclaration de force obligatoire de conventions intercantonales (art. 48*a*, al. 2, Cst.) ;
- modification du territoire d'un canton (art. 53, al. 3, Cst.) ;
- arrêtés de principe et de planification de grande portée (art. 28, al. 3, et 148, al. 4, LParl) ;
- actes particuliers de l'Assemblée fédérale qui n'ont pas de base constitutionnelle ou légale (art. 29, al. 2, LParl ; voir commentaire de la LParl, art. 29, ch. 5 ss et 13 ss).

- l'*arrêté fédéral simple*, concernant un acte individuel, non sujet au référendum et non publié au RO et au RS. Dans la pratique, le terme « simple » n'apparaît pas dans le titre et l'acte n'est pas désigné comme tel. On reconnaît sa nature juridique grâce au fait qu'il ne contient pas de clause référendaire.

Exemples :

- approbation de traités internationaux non sujets au référendum (art. 166, al. 2, Cst., art. 24, al. 3, 2e phrase, LParl) ;
- octroi de la garantie fédérale aux constitutions cantonales (art. 172, al. 2, Cst. en relation avec l'art. 29, al. 1, LParl) ;
- arrêtés de crédit (art. 25, al. 2, LParl) ;
- décision sur les recours en grâce et l'amnistie (art. 173, al. 1, let. k, en relation avec l'art. 157, al. 1, let. c, Cst. et l'art. 29, al. 1, LParl).

Ordonnance du Conseil fédéral et des unités subordonnées, ordonnance des Tribunaux fédéraux

Types d'ordonnances

563 Les actes législatifs du Conseil fédéral, des départements, des groupements et des offices, ainsi que des Tribunaux fédéraux sont désignés par le terme d'ordonnance. On distingue d'une part entre les ordonnances dépendantes et les ordonnances indépendantes, d'autre part entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution.

Ordonnances dépendantes et indépendantes

564 Les ordonnances qui reposent sur une base constitutionnelle sont dites indépendantes.

Exemples :

- ordonnances directement fondées sur les art. 184, al. 3, Cst. (sauvegarde des intérêts du pays dans les relations avec l'étranger) et 185, al. 3, Cst. (évitement ou prévention de troubles menaçant gravement l'ordre public et la sécurité extérieure ou intérieure) ; par exemple, l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage du 20 mars 2020 (RS 837.033).Ces ordonnances sont limitées dans le temps en vertu du texte constitutionnel.
- ordonnances directement fondées sur certaines dispositions constitutionnelles transitoires, telles que l'art. 196, ch. 2, al. 4 (redevances forfaitaire sur la circulation des poids lourds), l'art. 197, ch. 9, al. 1 (résidences secondaires) ou encore l'art. 197, ch. 11, al. 2, Cst. (gestion de l'immigration).

Les ordonnances qui se fondent sur une compétence attribuée par un acte législatif infra-constitutionnel sont dites dépendantes. Il s'agit d'actes législatifs édictés sur la base d'une délégation de l'organe législatif à l'organe exécutif. On parle aussi de règles primaires déléguées. *565*

Ordonnances d'exécution et ordonnances de substitution

L'ordonnance d'exécution précise les dispositions de la loi par des règles de détail. Elles doivent apparaître comme la conséquence logique de l'acte législatif à exécuter. Ces limites n'excluent pas que l'on puisse édicter des règles nouvelles, pour autant que celles-ci soient conformes au but de la loi et qu'elles constituent un moyen d'atteindre ses objectifs (voir JAAC 47 [1983], I, nº 18, p. 91 ; JAAC 31 [1962-63], nº 20, p. 54). *566*

Exemple :

- ordonnance encourageant l'innovation, la coopération et la professionnalisation dans le domaine du tourisme (RS 935.221)

A contrario, l'ordonnance de substitution contient des règles qui pourraient aussi bien se trouver dans l'acte supérieur. Elle doit se fonder sur une clause de délégation dans la loi. *567*

Exemple :

- ordonnance sur l'attribution d'organes (RS 810.212.4).

La frontière entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution qui reposent sur une clause de délégation n'est pas toujours nette. Une même ordonnance peut contenir des règles qui appartiennent à l'une et à l'autre catégorie. Au moment d'élaborer une ordonnance, il faut toujours se demander si la réglementation prévue relève de l'exécution de la loi (voir *ch. 703)* ou si elle repose sur une délégation ; dans ce dernier cas, il est nécessaire de veiller à respecter le cadre fixé par la délégation (voir *ch. 704)*. *568*

Forme de l’acte et référendum

569

Objet	Référendum	Approbation par
Modification constitutionnelle* (art. 140, al. 1, let. a, Cst.)	obligatoire	le peuple et les cantons
Adhésion à une organisation de sécurité collective ou une communauté supranationale* (art. 140, al. 1, let. b, Cst.)		
Loi fédérale urgente sans base constitutionnelle, durée de validité supérieure à un an* (art. 140, al. 1, let. c, Cst.)		
Initiative populaire demandant une révision totale de la Cst.* (art. 140, al. 2, let. a, Cst.)		le peuple
Initiative populaire demandant une révision partielle de la Cst. et conçue en termes généraux (rejetée par le Parlement)* (art. 140, al. 2, let. b, Cst.)		
Loi fédérale (fixant des règles de droit, non urgente) (art. 141, al. 1, let. a, Cst.)	facultatif	
Loi fédérale (fixant des règles de droit, conforme à la Cst., urgente, durée de validité supérieure à un an) (art. 141, al. 1, let. b, Cst.)		
Arrêté fédéral, base constitutionnelle ou légale (art. 141, al. 1, let. c, Cst.)		
Certains traités internationaux (art. 141, al. 1, let. d, Cst.)		
Arrêté fédéral sans base constitutionnelle ni légale (acte particulier) (art. 29, al. 2, LParl)		
Arrêté fédéral simple (acte particulier) (art. 163, al. 2, Cst., art. 29, al. 1, LParl)	-	-
Ordonnance du Conseil fédéral ou de l’Assemblée fédérale (art. 163, al. 1, et 182, al. 1 Cst)		

*Ces objets sont soumis au corps électoral dans un arrêté fédéral.

8 Structuration de l'acte législatif

Délimitation de la matière normative

Aperçu

Avant de rédiger un acte normatif, il faut en élaborer une esquisse (voir *ch. 161 ss*). 570

La délimitation de la matière normative opérée dans ce cadre conduit à déterminer le contenu de l'acte législatif lui-même. Cette tâche est nécessaire, car de nombreux éléments de caractère non normatif résultent du processus de légistique matériel antérieur (divers aspects politiques, éléments explicatifs, etc.). L'acte législatif ne doit contenir que des règles de droit, à savoir des normes générales et abstraites qui, par exemple, imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales (voir *ch. 542 ss*) ou encore des normes tels un but, un objet, une définition légale ou une date d'entrée en vigueur. Si l'esquisse d'acte normatif prévoit par exemple une procédure d'autorisation, il sera nécessaire, à ce stade précoce, de définir certaines notions, les conditions de l'autorisation, l'autorité compétente, les voies de droit, les sanctions, les dispositions transitoires, etc.

Quelques points de principe doivent être pris en compte : 571

- le choix des instruments d'action de l'État (voir *ch. 827 ss*),
- le droit transitoire (voir *ch. 1027 ss*),
- l'harmonie de l'ordre juridique,
- la densité normative,
- l'unité de la matière.

Principes

Harmonie de l'ordre juridique

Généralités

En principe, le droit peut être modifié. L'édiction de nouvelles normes a toujours pour corollaire une modification de l'ordre juridique existant. Cependant, le droit devrait (autant que possible) faire preuve de stabilité, car l'adaptation du public est importante pour la mise en œuvre des lois. Les principes de la sécurité du droit, de la confiance, mais également de la proportionnalité commandent que, même en cas de modifications successives à de courts intervalles, il n'y ait ni ambiguïté, ni doute s'agissant de l'applicabilité d'une norme. Les administrés devraient être en mesure de savoir quelle disposition est déterminante et pouvoir ainsi compter sur le fait que leurs actions ou omissions n'engendrent pas pour eux de conséquences négatives inadmissibles (voir ATF 139 II 470, cons. 4). Il convient de tenir compte de cet aspect lorsque l'on modifie des dispositions qui touchent des situations de fait durables (voir *ch. 1040 ss*). 572

573 En cas de modification de l'ordre juridique, des problèmes et des conflits peuvent surgir dans les cas suivants :

- La délimitation entre l'ancien et le nouveau droit n'a pas été examinée avec suffisamment de soin, ce qui entraîne des contradictions, des lacunes et des imprécisions. Certes, il n'est pas possible de parvenir à une unité parfaite de l'ensemble de l'ordre juridique, ne serait-ce que parce que l'on ne peut prévoir tous les conflits et toutes les erreurs. On ne parlera donc pas ici d'unité, mais seulement d'harmonie de l'ordre juridique, même si, en principe, l'unité reste le but final. Enfin, le nouveau droit ne doit pas se démarquer des règles juridiques existantes sans motif pertinent, au risque d'entraver l'efficacité de l'ancien ou du nouveau droit.
- La coordination des nouvelles normes avec le droit de rang supérieur (obligations découlant de traités internationaux) ou avec les anciennes normes n'est pas suffisamment assurée. Une coordination lacunaire entraîne en effet des irrégularités de fond et de forme. On oublie parfois qu'il existe déjà une réglementation dans le domaine en cause ou on constate que les nouvelles normes sont formulées de manière imprécise par rapport au droit existant.
- Il n'y a pas de concordance entre les objectifs du nouveau droit et ceux du droit en vigueur. Tel est le cas lorsque deux domaines différents sont touchés (par exemple si l'on encourage une branche économique précise sans modifier ou réexaminer le système fiscal). Les actes législatifs ayant des objectifs contradictoires entravent réciproquement leur action, compromettant leur efficacité de par leur potentiel de conflits.

574 Pour éviter des contradictions et des conflits d'objectifs, il est nécessaire, lorsqu'on élabore un acte législatif, d'abroger, de modifier ou de compléter certaines dispositions contenues dans d'autres actes législatifs. C'est notamment vrai en présence de nouveaux engagements de droit international. Cette harmonisation pose des exigences élevées en matière de technique législative : en effet, lorsque l'on modifie d'autres actes législatifs, il convient d'éviter de perturber leur systématique, leur style et leur cohésion interne.

Démarche

575 Comment peut-on tendre à une harmonisation de l'ordre juridique ? La démarche est la suivante :

576 Il est important de déterminer précisément la situation juridique préexistante et de rechercher dans quels domaines il existe des contradictions, des lacunes, des imprécisions, des recoupements et des conflits d'objectifs. Malgré l'existence du Recueil systématique du droit fédéral, une telle entreprise est difficile en raison de l'abondance et de la dispersion de la matière ; elle peut nécessiter en outre des études approfondies.

En comparant le droit en vigueur et le droit futur, il est possible de dégager d'éventuelles contradictions. Il ne suffit pas de comparer simplement les divers textes de lois entre eux, mais il faut également tenir compte de leur application concrète. 577

Cet examen ne permet de relever de manière précise les contradictions ou les conflits d'objectifs que s'il porte également sur l'interprétation probable et les effets recherchés des nouvelles dispositions. 578

Lorsque les comparaisons auxquelles il a été procédé permettent de déterminer où et comment le nouveau droit s'intégrera dans l'ordre juridique existant, il est nécessaire de vérifier si les relations entre les différentes normes sont suffisamment déterminées par les règles générales de conflit des lois suivantes : 579

- *lex superior derogat inferiori* : le droit international prime le droit national; le droit fédéral prime le droit cantonal (art. 49, al. 1, Cst. ; cette règle a une certaine portée au regard de la mise en œuvre du droit fédéral) ; la Constitution prime les lois, qui elles-mêmes priment les ordonnances ;
- *lex posterior derogat priori* : la règle plus récente déroge à la règle plus ancienne ;
- *lex specialis derogat generali* : la règle spéciale déroge à la règle générale ; il arrive que l'on ne puisse déterminer clairement quelle est, parmi deux règles, la règle spéciale.

Ces règles de conflit étant générales, il n'est pas toujours possible de s'y fier et il est fréquent qu'elles laissent des questions sans réponse. Il vaut donc mieux éviter les conflits patents entre une nouvelle norme (notamment relevant du droit international) et le droit en vigueur en révisant celui-ci. De plus, la relation entre l'ancien et le nouveau droit doit être précisée si nécessaire par des dispositions transitoires (v. *ch. 1037 ss*). 580

Densité normative

Définition

La notion de « densité normative » est utilisée dans deux acceptions différentes : 581

- Elle peut servir à qualifier le degré de détail et de spécialisation d'une réglementation dans un domaine déterminé (par exemple en droit de la construction).
- Plus globalement, elle peut exprimer le rapport existant dans une société entre les situations réglementées par la loi et celles libres de toute réglementation.

La notion de densité normative est employée ici dans le premier sens défini ci-dessus. Si l'acte contient un nombre important de prescriptions de détail, sa densité normative sera élevée ; s'il ne contient que des instructions de caractère général, sa densité normative sera faible. En règle générale, plus le contenu de la norme est important et son rang élevé, plus la densité normative est faible. La densité normative d'une loi est donc plutôt faible ; celle d'une ordonnance est forte. Toutefois, dans les lois de procédure, c'est souvent le contraire qui se produit, car 582

les dispositions qu'elles contiennent sont censées régler de manière exhaustive le droit procédural.

Densité adéquate

583 Une densité normative adéquate tient compte des paramètres suivants :

- importance du domaine considéré ;
- besoins des destinataires (sécurité du droit) ;
- niveau de la norme.

584 Un acte législatif a une densité normative trop forte lorsqu'il :

- règle des situations qui pourraient sans autre être réglementées à un niveau inférieur ;
- règle des situations atypiques ;
- fait des distinctions inutiles et répond à des questions que personne ne se pose.

Exemple :

- L'art. 106 Cst. est incontestablement trop long pour une disposition constitutionnelle ; il est en outre encombré de prescriptions de détail. Il en va de même de l'art. 95, al. 3, Cst., qui, précisons-le, est issu d'une initiative populaire (initiative contre les rémunérations abusives).

585 Un acte législatif a une densité normative *trop faible* lorsqu'il :

- se contente d'énumérer des principes généraux au lieu d'apporter des solutions concrètes aux problèmes ;
- laisse trop de questions ouvertes ou est trop bref et lacunaire ;
- n'éclaircit pas les situations équivoques et ne répond pas aux questions cruciales ;
- omet d'opérer des distinctions importantes.

Unité de la matière

586 Le législateur a une marge de manœuvre relativement grande et peut répartir la matière normative dans divers actes législatifs. Pour apprécier s'il convient de regrouper la matière normative dans un seul acte législatif ou de la répartir dans plusieurs actes différents, on tiendra compte du but et du sens des nouvelles dispositions, de leur fonction (transversale) ou de l'interdépendance des diverses parties de l'acte entre elles. Ce sont donc des considérations d'opportunité qui seront déterminantes pour décider de regrouper la matière normative dans une seule loi ou plutôt de la répartir sur plusieurs actes législatifs. Toutefois, le regroupement des dispositions dans un seul acte ou leur répartition dans plusieurs actes ne saurait résulter d'un choix arbitraire, basé sur des critères totalement étrangers à la matière. Il s'agit en effet d'observer le principe de la libre formation de l'opinion et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens (art. 34, al. 2, Cst.). Ces

derniers ne doivent pas être contraints (en cas d'un référendum facultatif) de répondre, en un vote unique, à plusieurs problématiques qui ne sont pas liées entre elles.

Pour cette raison, on observera les règles suivantes : 587

- Un acte législatif ne réglementera qu'une seule matière, mais si possible exhaustivement à chaque niveau normatif. Il est dès lors nécessaire de recenser ce qui va ou ne va pas matériellement ensemble.
- On regroupera dans un seul et même acte législatif les domaines interdépendants qu'il apparaît indiqué de réglementer ensemble.
- On séparera les domaines qui ne sont pas interdépendants et qui peuvent aisément rester distincts.
- On répondra aux questions suivantes :
  - Cette matière doit-elle figurer ici ?
  - La séparation ou la réunion de ces dispositions est-elle appropriée eu égard à leurs destinataires?
  - Est-il plus adéquat de réunir dans un même acte législatif tous les domaines matériellement connexes, compte tenu notamment de l'intégration de la réglementation dans l'ordre juridique existant, de son accessibilité, de son intelligibilité et de son utilisation ou est-il plus approprié d'avoir plusieurs actes législatifs distincts ?

Exemples :

- loi fédérale du 19 juin 2015 sur le programme de consolidation et de réexamen des tâches 2014 (LCRT 2014) (RO 2015 4747),
- loi fédérale du 26 septembre 2014 sur le droit de la victime à être informée (modification du code pénal, du droit pénal des mineurs, du code de procédure pénale et de la procédure pénale militaire) (RO 2015 1623).

Le principe de l'unité de la matière qui s'applique aux lois formelles s'applique également aux ordonnances, mais avec moins de rigueur. Il est parfois opportun de n'avoir qu'une seule ordonnance par loi. 588

Exemples :

- loi et ordonnance fédérales sur les finances fédérales (LFC, RS 611.0 ; OFC, RS 611.01) ;
- loi et ordonnance fédérales sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40 ; ORTV, RS 784.401).

Dans d'autres cas, il peut s'avérer utile, pour des raisons de transparence, d'avoir plusieurs ordonnances distinctes se basant sur la même loi. 589

Exemple :

- 8 ordonnances (RS 831.4) du Conseil fédéral se basent sur la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40).

Interaction étroite entre la formulation et la structuration de l’acte

590 Dans ce chapitre, la rédaction législative est abordée sous l’aspect de la structuration de l'acte législatif. Pour les principes de technique législative, voir les DTL, ch. 1 ss.

591 La langue est d'une importance capitale pour l'efficacité et de l'applicabilité de la loi. On ne peut comprendre le sens et le but de la loi qu'à travers sa formulation rédactionnelle. Ce n'est que par une construction linguistique soignée que l'on peut garantir que le destinataire comprenne la volonté du législateur.

592 L'élaboration et la formulation d'une loi sont étroitement liées. En règle générale, on ne peut pas structurer un état de fait complexe par la pensée autrement qu'à l'aide de sa traduction progressive en mots. Aussi le travail de structuration ne peut-il d'ordinaire être produit d'un seul trait, mais qu'être le résultat d'une optimisation progressive. La formulation peut en particulier démontrer qu'un point est encore insuffisamment élucidé ou que la rédaction ne correspond pas à ce que l'on veut exprimer.

593 C'est pourquoi rédiger un texte signifie trouver, dans une approche constante, la correspondance aussi simple et directe que possible entre le contenu tel qu'il est pensé et son expression linguistique.

Importance de la structure

594 La structuration formelle d’un acte législatif et la position systématique de ses dispositions sont importantes, non seulement pour son intelligibilité et sa clarté en tant que tel, mais aussi en vue de son application et de son interprétation. Souvent, le sens d’une disposition n'est révélé qu'au travers de sa place (systématique) dans l’acte législatif. Il est donc indispensable de subdiviser la matière de manière logique et de choisir avec soin les titres des articles et des subdivisions de l’acte.

595 Un acte législatif ne peut être formulé clairement que si l’objectif à atteindre et la matière normative sont connus de la personne ou de l'office à qui le projet est confié. La structuration matérielle et les connexions entre les diverses dispositions doivent avoir été faites de manière logique et rigoureuse.

596 Une systématique insatisfaisante peut résulter de problèmes au niveau matériel. Si un acte législatif apparaît trop compliqué sur le plan rédactionnel, il convient d’examiner s’il ne l’est pas également sur le plan matériel, ce qui entraînerait des difficultés d’application. Lorsque la systématique de l'acte est problématique, il convient d'examiner si l'acte est conçu de façon suffisamment claire et cohérente au regard de la matière normative et de la finalité poursuivie.

Systématique

Un acte législatif doit reposer sur une systématique facilement reconnaissable. On distingue systématique formelle et systématique matérielle. La systématique formelle concerne la structuration formelle de l'acte législatif, la systématique matérielle se rapporte à l'organisation interne de l'acte sur le plan matériel. 597

La systématique formelle concerne la structure formelle d'un acte législatif. Elle peut fournir rapidement une vue d'ensemble de la matière dans l'application du droit. Elle permet d'identifier et de repérer les différentes dispositions ainsi que de les situer dans l'ensemble de l'acte, le sens d'une disposition étant souvent fonction de son contexte. Il importe alors d'étudier et de choisir la manière de diviser la matière normative en parties, titres, chapitres, sections et articles par exemple (voir ch. 70 ss DTL). La structure matérielle de l'acte peut obéir à divers critères (voir *ch. 601*). Il est dès lors très important pour l'intelligibilité, pour l'interprétation et, par conséquent, pour l'efficacité d'un acte législatif, que la systématique soit rigoureuse. L'élaboration d'une esquisse de l'acte normatif (voir *ch. 161 ss*) est une condition préalable pour produire une structure cohérente. 598

La systématique de l'acte de rang inférieur (ordonnance) devrait, dans la mesure du possible, correspondre à celle de l'acte de rang supérieur (loi). 599

Exemple :

- loi fédérale et ordonnance sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40 ; ORTV, RS 784.401).

Une bonne systématique interne est caractérisée par l'absence de toute contradiction. Les contradictions suivantes doivent être évitées : 600

- contradictions d'objectifs : l'acte législatif vise des objectifs contradictoires ;
- contradictions de principes : l'esquisse de l'acte législatif est basée sur divers principes directeurs qui ne concordent pas (principe du perturbateur, principe de l'incitation, principe de solidarité) ;
- contradictions de normes : on associe divers types de normes qui s'excluent mutuellement (norme d'interdiction et norme prévoyant l'obligation d'obtenir une autorisation, normes de prescription et de péremption, etc.) ;
- contradictions terminologiques : on utilise des notions issues de domaines différents ou, pour la même situation, des notions différentes ; le traitement électronique des données (recherche systématique de certains termes) permet d'éviter ce type de contradictions.

Critères de structuration

Aperçu

La structuration formelle d'un acte législatif répond, d'une part, à des critères de technique législative et, d'autre part, à des critères qui doivent être développés en tenant compte de la matière à réglementer. 601

Critères de technique législative

602 La structure que l'on retrouve dans la plupart des actes législatifs est la suivante (voir ch. 1 ss DTL) :

Structure type	
Dispositions générales	But Champ d'application Définitions
Partie principale (à l'intérieur de la partie principale, la structure obéit toujours à des critères matériels ; voir ci-dessous)	Organisation Procédure Financement Coûts Emoluments Dispositions pénales
Dispositions finales	Exécution Abrogation et modification d'autres actes Dispositions transitoires Clause référendaire Entrée en vigueur

Critères matériels

603 Il n'est pas possible d'établir des règles générales et schématiques pour structurer et subdiviser formellement la matière de la partie principale d'un acte législatif. Il s'agit plutôt de développer une structure en fonction de la matière elle-même. Des domaines différents impliquent des structures différentes. Il est nécessaire de trouver pour chaque cas la solution qui convient. Toutefois, des problèmes matériellement semblables (par exemple des actes législatifs ou des sections concernant des émoluments) doivent, si possible, être structurés de la même manière.

Principes généraux de structuration

604 On peut discerner un certain nombre de principes permettant d'ordonner une matière normative :

- Chronologie : les procédures sont réglées chronologiquement, en suivant le déroulement ordinaire de ces activités.

  Exemples :
  - requête, traitement, décision, recours, exécution ;
  - recyclage des déchets : récolter, transporter, entreposer, mettre en valeur, éliminer.

- Liens de causalité : le déroulement d'une procédure est réglé en fonction des liens de causes à effets, c'est-à-dire en mentionnant les causes ou les conditions avant les conséquences.
- Organisation hiérarchique : pour régler par exemple les compétences des autorités placées à l'intérieur d'un système hiérarchique, on mentionne d'abord les

autorités supérieures et ensuite les autorités inférieures.

- Personnes concernées : pour réglementer certains domaines d'activité, on regroupe les règles en fonction des personnes concernées :
  - réglementation de la vente et du bail : on distingue les dispositions qui concernent aussi bien les vendeurs/bailleurs que les acheteurs/locataires de celles qui ne concernent que les vendeurs/bailleurs ou que les acheteurs/locataires.
- Critères logiques : outre des principes de structuration matériels, on peut avoir recours à des principes de structuration logiques :
  - du général au particulier ;
  - de la réglementation de principe à la réglementation de détail ;
  - la règle avant l'exception.

  En vertu de la règle « du général au particulier », la réglementation d'une activité soumise à autorisation définira en premier lieu les personnes et les activités soumises à autorisation, avant de régler la procédure d'autorisation.
- Critères développés par la doctrine : on peut également utiliser les critères usuels d'ordonnancement des notions et institutions juridiques développés par la doctrine, critères qui sont du reste très proches des critères logiques développés ci-dessus :
  - autorisation — concession ; usage commun — usage commun accru — usage particulier ; expropriation formelle — matérielle.
- Attentes des destinataires : la structure d'un acte législatif doit répondre aux attentes des destinataires. La systématique doit correspondre à la manière dont ceux-ci aborderont le problème, dans l'ordre des questions qu'ils se poseront. Par exemple, les règles qui concernent les administrés doivent être placées avant celles relatives aux autorités.
- Finalité : outre la perspective des destinataires, l'importance d'une disposition particulière dépend également de sa pertinence au regard de la finalité de l'acte ou de la section correspondante dans laquelle elle s'insère. L'acte doit refléter dans son agencement le regroupement des dispositions qui visent des finalités analogues.
- Évidence des critères de structuration : l'acte législatif doit être structuré selon des critères clairs et reconnaissables que l'articulation entre les différentes parties doit rendre évidents. Tel est le cas lorsque la structure traduit l'approche habituelle qu'il est convenu d'adopter dans un domaine particulier. Le critère de structuration retenu doit, dans la mesure du possible, être appliqué de manière uniforme et conséquente afin que le lecteur soit en mesure de garder la vision d'ensemble à la lecture de chaque partie du texte, même lorsque l'acte législatif est complexe.
- Les dispositions générales ou communes doivent précéder les dispositions spéciales : lorsque des dispositions valent pour l'ensemble de l'acte ou pour

l'ensemble d'une de ces subdivisions, elles doivent être regroupées au début de l'acte ou de la section. Tel est en particulier le cas du champ d'application, du but, des définitions et des principes à observer dans l'application de l'acte législatif. Des renvois et des répétitions peuvent ainsi être évités.

- Les dispositions matériellement connexes doivent être regroupées.
  - les contributions versées par la Confédération à différents producteurs pour des denrées fourragères doivent être réglementées en tenant compte de nombreuses conditions et modalités de paiement. Il est ici préférable de choisir comme critère principal le type de fourrage en présence plutôt que le critère des destinataires concernés. En appliquant le premier principe, on remarquera plus facilement les connexions qu'en appliquant le second :

Au lieu de :	a.	[1]La Confédération verse x CHF pour les denrées fourragères A. [2]La Confédération verse y CHF pour les denrées fourragères B.
	b.	[1]La contribution de la Confédération pour la denrée fourragère A est allouée par l'Office fédéral P. [2]La contribution de la Confédération pour la denrée fourragère B est allouée par l'Office fédéral Q.
Il est préférable de structurer cette même matière normative ainsi :	a.	[1]La Confédération verse x CHF pour les denrées fourragères A. [2]La contribution de la Confédération est allouée par l'Office fédéral P.
	b.	[1]La Confédération verse y CHF pour la denrée fourragère B. [2]La contribution de la Confédération est allouée par l'Office fédéral Q.

Choix de la structure

605 Pour chaque acte législatif, il convient de choisir le critère d'organisation principal en tenant compte du domaine à réglementer. Si par exemple l'acte législatif règle l'organisation d'un service, on ordonnera la matière normative en fonction de la structure de ce service (par exemple le service hiérarchiquement supérieur avant le service hiérarchiquement inférieur, les services centralisés avant les autres services, etc.).

606 S'il y a plusieurs acteurs dans un domaine d'activités ou si l'on doit régler les rapports entre divers organes ou leurs obligations réciproques, la subdivision correspondra le plus souvent au statut des parties (par exemple Confédération — cantons).

607 Si deux critères sont envisageables (déroulement des activités — répartition des rôles), une structuration chronologique en fonction des phases du déroulement des activités sera en principe plus adaptée, car elle sera plus facilement reconnaissable.

Clarté dans les subdivisions

La structuration de la partie principale d'un acte normatif et l'ordre des subdivisions sont d'une grande importance pour l'intelligibilité de la réglementation. S'ils permettent de s'y retrouver, ils aident aussi à l'interprétation car le sens d'une disposition dépend en partie de sa place dans l'acte législatif. L'acte doit être clairement structuré jusque dans ses détails. Une systématique insatisfaisante peut conduire à multiplier les répétitions ou, à l'inverse, les références internes. *608*

Il n'est guère possible de fixer des règles générales de structuration d'un acte législatif. Il est néanmoins indiqué de toujours examiner les possibilités de « factorisation » : les dispositions qui valent pour de nombreuses parties de l'acte seront utilement rassemblées dans la partie introductive de l'acte (partie générale), ou, dans certains cas, après les dispositions particulières. *609*

Quelques procédés paraissent naturels quand il s'agit de répartir l'objet d'une réglementation sur plusieurs articles ou alinéas : on suit l'ordre chronologique d'une procédure, la règle est énoncée avant l'exception, le principe avant les règles de détail, les conditions préalables d'un acte avant la description de cet acte, et ainsi de suite (voir *ch. 604*). *610*

Les subdivisions (alinéa, article, section, > voir ch. 77 ss DTL) ne devraient être ni trop courtes, ni trop longues. Il convient, pour cette raison, de se souvenir de la règle formulée par Eugen Huber, soit :

1. trois alinéas par article au maximum ;
2. une phrase par alinéa ;
3. une idée par phrase.

Une disposition complexe (par exemple contenant une cascade de conditions) peut être divisée par un point (deux phrases) ou par un point-virgule (une seule phrase). Les phrases qui comptent plus de 15 mots deviennent souvent difficiles à comprendre, à moins que leur structure soit claire. Il faut notamment éviter une accumulation de subordonnées. *611*

Exemple :

- Art. 140*e,* al. 1, de la loi sur les brevets (LBI, RS 232.14):
  « Une fois la durée maximale du brevet échue, le certificat est valable depuis la date de l'annonce visée à l'art. 56 jusqu'à la date de la première approbation comme médicament en Suisse, moins cinq ans. »
  Les deux conditions temporelles surchargent cette phrase, dont on peut améliorer la lisibilité en séparant l'indication du début de la validité et celle de la durée de validité.
  Il faudrait écrire : « Le certificat est valable pour une période allant de la date de son annonce à la date de la première approbation en Suisse, moins cinq ans ; sa durée de validité commence à courir à l'échéance du brevet. »

612 Le fait que les articles et les subdivisions portent des titres (voir DTL, ch. 79 ss) permet de vérifier la régularité de la structure de l'acte et notamment du découpage en articles. Les alinéas, même s'ils ne portent pas de titre, devraient aussi correspondre à une idée simple.

613 De nombreuses normes prennent la forme d'une règle générale assortie d'exceptions ou réserves. Là où la langue allemande appelle une nouvelle phrase (« *Ausgenommen sind…* », « *Vorbehalten ist…* »), le français préfère les formules telles que « à l'exception de … », « sous réserve de … ». On résout le plus souvent cette question en mettant un point-virgule en allemand, ce qui permet de conserver le même nombre de phrases.

Exemple :

- en allemand : « Bund und Kantone können mehrere gleichartige Strafbehörden einsetzen; ausgenommen sind … »,
- en français : « Exception faite de l'autorité de recours et de la juridiction d'appel, la Confédération et les cantons peuvent instaurer plusieurs autorités pénales de même type. » (Art. 15, al. 4 Code de procédure pénale, RS 312.0).

614 Si l'on ne parvient pas à traiter un ensemble de dispositions dans une seule subdivision, il convient de le diviser en plusieurs subdivisions particulières. De cette manière, on peut faire d'un alinéa plusieurs alinéas, de plusieurs alinéas plusieurs articles, et de plusieurs articles une section. Bien entendu, au moment de décider du découpage, il faudra veiller à respecter la cohérence interne du contenu du texte.

615 A l'inverse, le découpage ne devrait pas être trop fin. Le fait que plusieurs sections qui ne comportent qu'un seul article se suivent révèle un mauvais découpage de la matière.

Annexes aux actes législatifs

Aperçu

616 Les actes législatifs de la Confédération sont souvent complétés par des annexes. Celles-ci s'enchaînent à la suite du corps du texte normatif et sont conçues sous forme de tableaux ou de listes - parfois commentées - précisant certaines règles de droit de l'acte législatif. De telles annexes sont partie intégrante de l'acte avec lequel elles partagent les effets juridiques.

617 Les motifs justifiant la présence d'annexes sont variés :

- Une annexe contient une liste des activités et des unités administratives assujetties à l'acte législatif.

Exemples :

- annexe 2 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) à propos des prestations soumises à la loi ;
- annexe de l'OLOGA (RS 172.010.1).

- L'annexe sert d'aide-mémoire dans le cadre du déroulement de procédures.

Exemple :

- annexe 4 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) à propos des indications devant figurer dans un appel d'offres public concernant un marché adjugé selon la procédure ouverte ou sélective.

- L'annexe contient un tableau récapitulant les compétences et les attributions des autorités administratives.

Exemple :

- annexes 2 et 3 de l'ordonnance sur le casier judiciaire (ordonnance VOSTRA, RS 331).

- L'annexe sert à reprendre en droit suisse des éléments du droit international public (définitions, bonnes pratiques, etc.).

Exemple :

- annexe 1 de l'ordonnance sur les autorisations dans le domaine des médicaments (OAMéd, RS 812.212.1).

- Les annexes contiennent des tableaux d'émoluments.

Exemple :

- annexe de l'ordonnance sur les émoluments relatifs au publications (RS 172.041.11).

- Les annexes contiennent des listes décrivant des informations géographiques ou spécifiques à un domaine.

Exemple :

- annexe de l'ordonnance concernant l'inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse (OISOS, RS 451.12).

618 Les annexes ne doivent être insérées qu'avec une certaine retenue, car d'une part leur contenu ne doit pas contredire les dispositions matérielles contenues dans le corps du texte législatif. D'autre part, il serait avisé de vérifier systématiquement qu'une annexe est réellement nécessaire. Si l'annexe a pour unique but d'illustrer les normes contenues dans l'acte législatif en vue de la mise en œuvre, des explications et des commentaires à diffuser sous forme de circulaire, par exemple, se révèlent être des moyens bien plus appropriés.

Modifications

619 Les annexes ne peuvent être modifiées que par l'autorité qui a adopté l'acte législatif dans lequel elles sont incorporées, puisqu'elles en constituent une partie intégrante. La compétence de modifier les annexes peut cependant être déléguée à une unité administrative inférieure dans le respect des règles de délégation (voir *ch. 703 ss*).

620 Si le contenu des annexes doit être actualisé et adapté à l'évolution internationale, il est possible de prévoir une clause d'adaptation des annexes. La compétence d'adapter les annexes peut être déléguée à un département ou à un office.

Exemple :

- art. 16 de la loi sur les embargos (LEmb, RS 946.231).

Publication

621 La publication des annexes dans le RS et le RO peut conduire à des difficultés en raison de leur taille ou de leur présentation. L'article 5 de la loi sur les publications officielles (RS 170.512) autorise dans ce cas à ne publier que la référence ou le nom de l'organisme auprès duquel elles peuvent être obtenues.

Exemple :

- note de bas de page aux annexes I et II de la loi fédérale sur le tarif des douanes (LTaD, RS 632.10).

622 Les offices compétents publient à diverses reprises de telles annexes sur Internet.

Exemple :

- note de bas de page à l'annexe 2 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la Syrie (RS 946.231.172.7).
-

3ème partie : Aspects juridiques

9 Partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Introduction

L'activité normative interne de l'État peut en principe être appréhendée à trois niveaux : 623

- au niveau fédéral: selon les art. 3 et 42, al. 1, Cst., la Confédération doit disposer d'une base constitutionnelle pour légiférer dans un domaine particulier ;
- au niveau cantonal : les cantons sont souverains dans la mesure où leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale (voir art. 3 Cst.) ;
- au niveau communal: l'autonomie des communes est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal (voir art. 50, al. 1, Cst.). La Confédération tient compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes (voir art. 50, al. 2, Cst.). Ce faisant, elle prend en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne (voir art. 50, al. 3, Cst.).

Il est également possible qu'une réglementation résulte de conventions entre les communes, entre les cantons ou entre la Confédération et les cantons (voir art. 48 Cst. ; pour ce qui concerne les conventions fixant des règles de droit, voir le rapport du Conseil fédéral du 27 mars 2002 sur les conventions fixant des règles de droit conclues entre la Confédération et les cantons, www.bj.admin.ch > État et citoyen > Fédéralisme, pour une interprétation restrictive). Dans ce chapitre, on ne détaillera que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons. 624

L'ordre de compétences de l'État fédéral

La Constitution règle, aux art. 3, 5*a* et 42 à 49, le partage des compétences entre Confédération et cantons ainsi que la relation entre ceux-ci. 625

L'art. 3 Cst. réserve les compétences fédérales ; en d'autres termes, chaque compétence de la Confédération est fondée sur une habilitation expresse de la Constitution. L'art. 42, al. 1, Cst. réitère cette règle. 626

La délégation de compétences à la Confédération est exhaustive, selon les art. 3 et 42, al. 1, Cst., mais toutes ne ressortent pas explicitement du texte de la Constitution fédérale. En effet, à côté des compétences fédérales explicites, il existe aussi des compétences fédérales « implicites » et des compétences fédérales « inhérentes ». 627

Les compétences dites implicites sont étroitement liées aux compétences explicites ou peuvent être déduites de ces dernières. 628

Exemples :

- les taxes d'incitation ;
- l'octroi d'indemnités et d'aides financières (voir préambule de la LSu, RS 616.1) ;
- le droit pénal accessoire.

629 Les c ompétences inhérentes de la Confédération découlent de son statut étatique : ce sont des tâches indissociablement liées à l'existence et à la nature de la Confédération. C'est en vertu de ses compétences inhérentes que la Confédération peut déterminer le jour de la fête nationale ou l'hymne national, conclure des conventions concernant le Grütli, instituer les autorités fédérales et en régler l'organisation, ou encore prendre des mesures de protection de la sécurité extérieure et intérieure de la Confédération, de ses institutions et de ses organes.

Exemples :

- convention concernant le Grütli (FF 2010 1581) ;
- loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120 ; voir le préambule de la version en vigueur jusqu'au 1er janvier 2022, RO 2006 3703) ;
- message concernant l'utilisation des réserves d'or et une loi fédérale sur la Fondation Suisse solidaire (FF 2000 3664, 3702) ;
- message concernant l'initiative sur la réparation (FF 2016 87, 125) ;
- message concernant la loi sur le renseignement (FF 2014 2029, 2151).

Règlementation fédérale ou cantonale ?

Principe de la subsidiarité

630 L'art. 3 Cst. accorde une compétence générale subsidiaire aux cantons : les tâches de l'État leur incombent dès lors que la Constitution ne les réserve pas à la Confédération.

631 Les principes présidant à l'attribution de tâches à la Confédération sont énoncés aux art. 5*a* et 43*a*, al. 1, Cst. Le principe de la subsidiarité veut que l'échelon supérieur de l'État assume seulement les tâches que l'échelon inférieur n'est pas en mesure d'accomplir ou qui nécessitent une règlementation uniforme (art. 5*a* Cst.). Il s'applique non seulement à la relation entre la Confédération et les cantons, mais aussi à la relation entre les cantons et les communes. Néanmoins, le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'un concordat à l'échelle de la Suisse est automatiquement préférable à des règles uniformes dans une loi fédérale. Le principe de subsidiarité est précisé à l'art. 43*a* Cst., lequel s'adresse tant au constituant (norme d'attribution de compétences) qu'au législateur (règle d'exercice des compétences).

632 Lorsque la Confédération élabore un acte législatif dans un domaine, elle limite ou supprime fréquemment la liberté qu'avaient les cantons de légiférer dans celui-ci.

En revanche, elle peut aussi confier de nouvelles tâches aux cantons ou donner l'impulsion à une action étatique de leur part (par exemple l'aide aux victimes d'infractions en tant que tâche cantonale, art. 124 Cst.). En dépit de certains avantages, une réglementation au niveau fédéral peut présenter des inconvénients. Il convient donc d'examiner soigneusement la nécessité d'intervenir au niveau fédéral et d'étudier la portée de cette intervention. Il faut également examiner dans quelle mesure la législation complémentaire des cantons doit être réservée.

Principes de la RPT

633 Dans les messages relatifs à des projets qui concernent la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons ainsi que leur accomplissement, il faut ajouter, dans les cas où cela fait sens, au chapitre « Conséquences » des considérations sur l'observation des principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale. L'objectif de ces explications est de garantir le respect durable des principes régissant la RPT par toutes les parties prenantes à un projet, ce qui est utile à la pérennité des principes RPT et est en quelque sorte destiné à faire contrepoids à une tendance centralisatrice qui est immanente au système (rapport du Conseil fédéral du 12 septembre 2014 concernant le respect des principes de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons [RPT]).

Critères de l'attribution d'une tâche

Compétence exclusive des cantons

634 Certaines circonstances justifient une compétence exclusive des cantons :

- les cantons accomplissent déjà des tâches apparentées à celle qu'il s'agit de leur confier ;
- l'utilité de la tâche est limitée au territoire cantonal ;
- la décentralisation est propre à favoriser la concurrence entre prestataires et donc des solutions bon marché et novatrices ;
- il existe une proximité entre les cantons et la tâche en question, et ils sont en mesure de l'accomplir de manière autonome ;
- une certaine proximité humaine et géographique est un atout ;
- il est souhaitable que les personnes concernées sur place saient associées dans l'accomplissement de la tâche ;
- la décentralisation est plus efficace et plus conforme aux besoins grâce à la proximité avec les citoyens ;
- les différences régionales appellent des solutions adaptées et individuelles ;
- les valeurs et traditions culturelles, morales et religieuses sont différentes selon les cantons ;
- la coopération intercantonale est en l'occurrence un bon substitut à une compétence fédérale.

Compétence attribuée à la Confédération

635 Certaines circonstances justifient l'attribution de la compétence à la Confédération :

- on recherche un effet uniforme dans tout le pays ;
- une solution uniforme est nécessaire pour éviter des inégalités des chances importantes ;
- la cohésion au niveau national est un des objectifs visés ;
- on cherche à diminuer des disparités de la participation à la prospérité ;
- la décentralisation ne serait pas efficace car elle entraînerait des redondances coûteuses, demanderait trop de coordination ou empêcherait des économies d'échelle ;
- l'égalité de traitement et la sécurité du droit sont des préoccupations de premier plan.

Exemples :

- AVS ;
- prestations individuelles de l'AI.

- il est nécessaire d'édicter des règles et des normes uniformes, pour des raisons techniques ;

Exemples :

- réglementation du secteur financier ;
- routes nationales (infrastructure de réseau).

Collaboration intercantonale

636 Les cantons peuvent aussi accomplir des tâches dans le cadre d'une collaboration intercantonale. Le simple fait qu'une partie des cantons ne dispose pas des capacités pour effectuer une tâche déterminée ne saurait constituer à lui seul un argument suffisant pour justifier une solution sur le plan fédéral. L'art. 48, al. 4, Cst. permet à des organes intercantonaux, sous certaines conditions, d'édicter des dispositions contenant des règles de droit. L'art. 48*a* Cst. donne même au Parlement la possibilité, dans un certain nombre de domaines, de donner force obligatoire générale à des conventions intercantonales ou d'obliger certains cantons à adhérer à des conventions intercantonales. Il convient toutefois de ne faire usage de cette compétence qu'en dernier recours et seulement à la requête des cantons intéressés.

Autonomie organisationnelle et financière des cantons

637 Au moment d'attribuer des tâches à la Confédération ou aux cantons, il faut aussi examiner si la Confédération prend garde aux intérêts et aux compétences des cantons et respecte leur autonomie organisationnelle et financière (art. 47, al. 2, Cst.).

Ampleur de l'intervention

S'il est démontré que la Confédération doit agir, il y a lieu de définir la portée et l'ampleur de l'intervention. En particulier, on déterminera quels instruments d'action la Confédération utilisera dans ses relations avec les cantons. Il s'agit d'apprécier, dans une perspective fédéraliste, les avantages et les inconvénients des instruments d'action de l'État (voir *ch. 827 ss*). *638*

Instruments fédéraux	Avantages	Inconvénients
Consultation, prestations de service (par exemple élaboration de lois modèles), formation, documentation	Exigences modestes s'agissant de la base constitutionnelle, « mesures souples »	Présuppose que les cantons soient motivés ; peut difficilement réduire les différences entre les cantons
Indemnités et aides financières	« Gestion orientée sur des objectifs » ; l'instrument des conventions-programmes permet à la Confédération de se concentrer sur la fixation d'objectifs	Incidences sur les finances fédérales
Dispositions laissant une marge de manœuvre aux cantons	Les cantons sont en mesure de trouver des solutions répondant à leurs propres besoins	Différences d'application selon les cantons
Dispositions ne laissant aucune marge de manœuvre aux cantons	Il est possible de trouver des solutions uniformes pour l'ensemble de la Suisse	La possibilité de trouver des solutions adaptées à la situation de chaque canton n'existe plus

Équivalence fiscale

Le principe de l'équivalence fiscale (art. 43*a*, al. 2 et 3, Cst.) exige la convergence auprès d'une même autorité du pouvoir de décider, du bénéfice et du financement des tâches étatiques (plus simplement : qui paie décide). C'est donc la même collectivité publique (Confédération, canton ou commune) qui doit : *639*

- décider des prestations à régler ;
- bénéficier de ces prestations ;
- en supporter le coût.

Pour déterminer si le principe de l'équivalence fiscale est respecté, on peut se poser les questions suivantes : *640*

- Quel est l'échelon de l'État qui profite des biens ou des services visés par l'acte normatif ? Si ceux-ci apportent un bénéfice national, le financement des prestations sera la tâche de la Confédération. S'ils apportent un bénéfice à quelques cantons, le financement des prestations sera la tâche des cantons.
- Le partage des coûts défini par l'acte normatif répond-il au partage des compétences décisionnelles entre la Confédération et les cantons ?

Explications dans le message

641 Le message adressé au Parlement doit exposer si le principe de la subsidiarité (art. 5*a* et 43*a*, al. 1, Cst.) et le principe de l'équivalence fiscale (art. 43*a*, al. 2 et 3, Cst.) sont respectés lorsque :

- le projet touche substantiellement au partage des compétences ou de l'accomplissement des tâches entre la Confédération et les cantons et que ses conséquences financières pour la Confédération et les cantons excèdent 10 millions de francs ;
- le partage des compétences ou de l'accomplissement des tâches entre la Confédération et les cantons donnera lieu, selon toutes prévisions, à des dissensions.

Voir l'aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, ch. 7.5.

Types de partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Aperçu

642 Pour attribuer une compétence à la Confédération et pour délimiter les tâches respectives de la Confédération et des cantons, la doctrine en droit constitutionnel suisse utilise plusieurs critères, dont les principaux sont exposés dans les paragraphes qui suivent.

Attribution de compétences à la Confédération

643 L'attribution d'une compétence à la Confédération peut se fonder sur trois points :

- domaine de fait et de droit (par exemple, affaires militaires, art. 60 Cst., banques et assurances, art. 98 Cst.) ;
- problématique ou domaine transversal (par exemple, protection de l'environnement, art. 74 Cst.) ;
- fonction étatique (législative, administrative ou juridictionnelle, par exemple, attribution de la mise en œuvre aux cantons sous réserve du droit fédéral, par exemple, protection des animaux, art. 80, al. 3, Cst.)

Rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales

644 On distingue plusieurs types de partage de compétences, en fonction des rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales.

- **Compétence fédérale exclusive :** la Confédération est seule compétente ; la compétence cantonale antérieure disparaît immédiatement et complètement dès l'inscription de la compétence fédérale dans la Constitution.

Exemples :

- monnaie et billets de banque (art. 99, al. 1, Cst.) ;
- douane (art. 133 Cst).

- **Compétence fédérale concurrente** (qui jouit d'une force dérogatoire subséquente) : les cantons peuvent continuer à légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même. C'est le cas type de l'attribution de compétences à la Confédération et aux cantons.

Exemple :

  - protection de l'environnement (art. 74 Cst.)

- **Compétences parallèles :** la Confédération et les cantons sont compétents dans un même domaine, chacun dans son champ de compétence et en accord mutuel.

Exemples :

  - promotion de la culture (art. 69 Cst.) ;
  - sécurité (art. 57 Cst.) ;
  - impôts directs (art. 128 Cst.).

- **Compétence subsidiaire ou conditionnelle :** la Confédération est compétente lorsque la matière n'est pas réglée par les cantons.

Exemple :

  - harmonisation de l'instruction publique (art. 62, al. 4, Cst.)

Portée des compétences législatives

Les compétences fédérales peuvent être classées en fonction de leur portée : *645*

- **Compétences fédérales globales :** la Confédération est autorisée à réglementer l'ensemble d'un domaine ou une problématique particulière sous ses multiples aspects.

Exemples :

  - la législation militaire (art. 60, al. 1, Cst.) ;
  - la législation sur chemins de fer (art. 87 Cst.).

- **Compétences fédérales fragmentaires :** la Confédération ne peut réglementer un domaine que partiellement ou que dans une direction particulière.

Exemples :

  - la protection de la santé (art. 118 Cst.) ;
  - les impôts directs (art. 128, al. 1, Cst.).

- **Compétence législative limitée aux principes :** la Confédération ne peut réglementer un domaine que dans ses grandes lignes (« [...] la Confédération fixe les principes »). Dans ce contexte, on parle parfais de législation cadre. La Confédération ne peut régler les détails que de manière ponctuelle et limitée.

Exemples :

- aménagement du territoire (art. 75, al. 1, Cst.) ;
- forêts (art. 77, al. 2, Cst.) ;
- chemins et sentiers pédestres, pistes cyclables (art. 88, al. 1, Cst.).

- **Compétence de promotion :** la Confédération n'a qu'une compétence de promotion, de sorte que les cantons ont une compétence originaire.

Exemple :

- les langues (art. 70, al. 3 à 5, Cst.).

Obligation ou habilitation

646 Enfin, les compétences fédérales peuvent se fonder sur une *obligation* de la Confédération (par exemple à l'art. 107 Cst. concernant les armes et le matériel de guerre) ou sur une *habilitation* (formulation potestative, par exemple à l'art. 81 Cst. concernant les travaux publics).

Marge de manœuvre des cantons

En général

647 S'il est nécessaire de légiférer au niveau fédéral, il est possible de laisser aux cantons une certaine marge de manœuvre, par exemple par les moyens suivants :

- en fixant des objectifs et en laissant les cantons choisir les moyens juridiques nécessaires, ou la manière de les mettre en œuvre ;

Exemple :

- ordonnance sur la protection de l'air (OPair ; RS 814.318.142.1), notamment à l'art. 31.

- en réglant la matière considérée dans les grandes lignes : principes, standard minimal, options de règlementations.

Exemple :

- loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

Marge de manœuvre dans les affaires étrangères

648 Les affaires étrangères sont du ressort de la Confédération en vertu de l'art. 54, al. 1, Cst. La compétence de la Confédération de conclure les traités internationaux s'étend à tous les domaines, y compris ceux qui relèvent de la compétence des cantons comme la police, la culture, l'école ou les impôts. La compétence matérielle de la Confédération dans les affaires étrangères est donc plus large que sa compétence législative. Toutefois, la mise en œuvre des traités internationaux est régie par la répartition des compétences prévue dans la Constitution. Ainsi, lorsque la Confédération adhère à un traité international dont l'objet relève de la compétence des cantons, elle ne saurait se fonder sur ce traité pour édicter les dispositions législatives de mise en œuvre. Cette tâche incombe aux cantons.

Exemples de la pratique des autorités fédérales :

- FF 1994 II 604, 1999 II 1345, 2000 859, 2002 583, 2005 926 et 980, 2006 2141 et 2180.

649 La Confédération doit tenir compte des compétences des cantons et sauvegarder leurs intérêts (v. art. 54, al. 3, Cst.). Elle fait donc un usage mesuré de sa compétence très étendue en matière de conclusion des traités internationaux, dans le sens où elle ne conclut en principe pas de traités qui touchent les compétences des cantons et que ces derniers rejettent.

Exemples :

- message concernant la ratification du protocole additionnel à la charte européenne de l'autonomie locale, FF 2016 6737, 6739 s. ;
- message concernant les accords avec l'Albanie et la Macédoine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2006 2127, 2141 ;
- message concernant l'accord avec la Roumanie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2006 2167, 2180.

650 Outre le droit de conclure des traités internationaux, la Confédération dispose d'une compétence générale en matière d'affaires étrangères ; cela signifie qu'elle a le droit d'édicter des actes normatifs internes (lois, arrêtés de crédit) qui concernent les relations avec l'étranger.

Exemples :

- loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme (RS 193.9) ;
- loi sur l'État hôte (LEH ; RS 192.12) ;
- loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (LVP ; RS 196.1).

10 Droits fondamentaux

Définition

651 dans la Constitution qui protègent les particuliers dans leurs rapports avec l' État. Ils sont le pendant *interne* des droits humains qui sont, pour leur part, contenus dans des conventions internationales.

652 La notion de droits humains englobe l'ensemble des protections particulières consacrées par les Nations Unies dans des conventions générales (Pacte ONU I et II) et particulières (Convention relative aux droits de l'enfant [CDE], ou Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [CEDEF], par exemple). Les droits humains ne sont pas toujours justiciables, et une analyse au cas par cas des dispositions du droit international est nécessaire pour connaître leur portée juridique en Suisse (voir chapitre 11, ch. 682 ss).

Les droits fondamentaux en droit interne

Le catalogue des droits fondamentaux et les garanties de l'État de droit

653 La Constitution de 1999 a codifié une grande partie des droits fondamentaux reconnus par l'ancienne Constitution, et par la jurisprudence du Tribunal fédéral. On parle dès lors de "catalogue" des droits fondamentaux en Suisse avec les articles 7 à 34 Cst.

654 Ces différents droits sont garantis et doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35, al. 1 Cst.). Les autorités, tant fédérales que cantonales, doivent veiller à respecter et mettre en oeuvre le catalogue des droits fondamentaux (art. 35, al. 2 Cst.).

655 Les particuliers peuvent se prévaloir des droits du catalogue, et en vérifier la bonne application par les autorités. À l'encontre des autres particuliers, les droits fondamentaux ne peuvent par principe pas être invoqués. Il arrive toutefois que la législation mette en oeuvre indirectement les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers (art. 35, al. 3 Cst.). Dans de tels cas, les droits fondamentaux constitutionnels servent de soutien à l'interprétation et à l'application de la législation.

Exemples:

- la protection de la personnalité contre les atteintes (art. 28 CC) met en oeuvre indirectement la liberté personnelle (art. 10, al. 2, 2ème phrase Cst.)
- la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) impose à l'employeur un devoir de respect de la liberté personnelle (art. 10, al. 2, 2ème phrase), ainsi que dans une certaine mesure de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2 et 3 Cst.)

Les buts sociaux

Les buts sociaux ne font pas partie du catalogue des droits fondamentaux, en ce sens qu'ils ne sont pas des "droits" mais uniquerment des aspirations devant guider les autorités à soutenir une série d'objectifs sociaux. *656*

Les buts sociaux ne sont pas justiciables (art. 41, al. 4 Cst.), et n'attribuent pas de compétence nouvelle (art. 41, al. 3 Cst.). En conséquence, la portée juridique des buts sociaux est restreinte, et une mise en oeuvre législative serait nécessaire pour en déduire un certain effet justiciable. Les buts sociaux doivent toutefois être pris en compte lors de l'interprétation conforme et concordante des dispositions du droit fédéral, et du droit cantonal. *657*

Les droits humains à l'international

Outre les droits fondamentaux contenus dans la Constitution fédérale, les conventions internationales de protection des droits humains pertinentes jouent un rôle important dans l'interprétation des dispositions légale. *658*

Convention européenne des droits de l'homme

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101) est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales inscrites dans la CEDH et ses protocoles additionnels ont une portée analogue aux droits fondamentaux de la Constitution. Du point de vue procédural, le Tribunal fédéral les traite depuis toujours de la même manière que les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale (ATF 101 Ia 67). *659*

Si la Constitution fédérale ou une constitution cantonale reconnaît un droit fondamental d'une portée plus vaste que la CEDH, c'est le droit suisse qui s'applique (v. art. 53 CEDH). À l'inverse, la CEDH est déterminante si elle offre une protection plus étendue. Le Tribunal fédéral a jugé que c'était le cas à diverses occurrences. *660*

Exemples :

- droit de répliquer dans la procédure de mise en liberté, art. 5, par. 4, CEDH (ATF 114 Ia 84, cons. 3) ;
- protection de la vie familiale, art. 8, par. 1, CEDH (ATF 109 Ib 183, cons. 2a).

La CEDH revêt une grande importance pour l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Le Tribunal fédéral prend en compte les arrêts et autres décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, même lorsqu'ils n'ont pas été rendu contre la Suisse. *661*

Exemples :

- la règlementation sur le placement à des fins d'assistance (voir art. 426 ss CC) a sa source dans l'art. 5 CEDH ;
- la révision du code pénal militaire et de la procédure pénale militaire en 1979 découle d'un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme (Engel *c/Pays-Bas*, Série A n° 22) ;
- le Tribunal fédéral a tiré de manière préventive les conséquences de l'arrêt De Cubber *c/Belgique* (Série A vol. 86) en déclarant contraire à l'art. 6, par. 1, CEDH, le système de l'union personnelle du juge d'instruction et du juge du fond (voir ATF 112 Ia 290) ;
- dans l'ATF 131 I 455, cons. 1.2, le Tribunal fédéral a reconnu le droit à une enquête officielle effective et approfondie de celui qui prétend de manière défendable avoir été traité d'une façon dégradante par un fonctionnaire de police, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour concernant la Bulgarie et l'Autriche.

662 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est abondante. Il est donc important de se renseigner sur l'état de la jurisprudence de la Cour. Nous renvoyons à la plateforme de partage de connaissances de la CEDH (CEDH-KS) qui a pour but le partage des connaissances sur la jurisprudence découlant de la Convention et aux rapports trimestriels de la jurisprudence de la Cour de l' Office fédéral de la justice.

Autres conventions relatives aux droits de l'homme

663 L'Assemblée générale de l'ONU a adopté de nombreuses Conventions en matière de droits humains. Les deux principales étant les deux pactes ONU, l'un portant sur les droits civils et politiques, et l'autre sur les droits sociaux. Ils sont entrés en vigueur le 18 septembre 1992 pour la Suisse.

664
- Le Pacte I de l'ONU (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; RS 0.103.1) garantit des droits dont le Tribunal fédéral considère qu'ils ne sont, en général, pas directement applicables (v. ATF 130 I 113, cons. 3.3, concernant l'augmentation des taxes universitaires).
- Le Pacte II de l'ONU (Pacte international relatif aux droits civils et politiques; RS 0.103.2) contient, aux art. 6 à 27, des droits de l'homme classiques. Ils sont en général directement applicables et le Tribunal fédéral les traite comme les droits consacrés par la CEDH (v. ATF 120 Ia 247, cons. 5a ; 122 I 109, cons. 3c).
- D'autres Conventions avec un but spécifique ont été ratifiées par la Suisse. Elles se trouvent au RS 0.104ss.

Le rôle des droits fondamentaux dans le contrôle préventif des actes normatifs

Principe du contrôle préventif

L'art. 141, al. 2, let. a de la Loi sur le Parlement (LParl) oblige le Conseil fédéral, dans les messages qu'il adresse aux Chambres fédérales, à se prononcer sur la constitutionnalité du projet d'acte législatif, notamment sur ses effets sur les droits fondamentaux. On veut ainsi éviter que le Conseil fédéral soumette au Parlement un projet contraire à la Constitution. Les droits fondamentaux jouent donc un rôle de première importance lors du contrôle préventif des actes normatifs. *665*

Le fait que les tribunaux ne peuvent pas refuser d'appliquer une loi fédérale qui s'avèrerait inconstitutionnelle (v. art. 190 Cst.) ne dispense pas le législateur fédéral de veiller à adopter des actes normatifs conformes aux droits fondamentaux et humains. Il est donc important qu'un contrôle préventif de la constitutionnalité des actes législatifs que le Conseil fédéral propose à l'Assemblée fédérale soit assuré. Il en va de même pour les ordonnances du Conseil fédéral ou d'autres autorités. Le contrôle préventif est notamment garanti par la consultation des offices et l'implication de l'Office fédéral de la Justice. *666*

En particulier, si une restriction de droits fondamentaux est prévue, les conditions requises à cet égard doivent être réunies. Le contrôle juridique préventif est nécessairement abstrait. Il implique de veiller à ce que les règles de droit élaborées puissent être appliquées de manière conforme aux droits fondamentaux. Même si les règles de droit doivent être interprétées de manière conforme à la Constitution, on tient compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée, plus globalement de la vraisemblance d'une application conforme aux droits fondamentaux (cf. pour la jurisprudence constitutionnelle sur les actes cantonaux: ATF 145 I 73 consid. 2, p. 83; 143 I 1 consid. 2.3 p. 6).

Restrictions

Les droits fondamentaux ne sont en principe pas conçus comme des droits absolus. Cela signifie que le législateur peut prévoir des limitations. Plusieurs éléments doivent être pris en compte lorsque l'on prévoit une limitation à un droit fondamental. *667*

Les règles impératives du droit international

L'examen de la justiciabilité du droit international repose sur le caractère "self-executing" de la norme (voir ch 682). Il existe toutefois une série de droits humains qui est considérée comme trop importante pour ne pas être respectée, ou appliquée. Ces règles sont considérées comme *impératives* et ne peuvent jamais être limitées. *668*

669 Les règles impératives du droit international, ou ius cogens, recoupent des règles qui font l'objet d'un consensus international quant à leur importance morale et symbolique. Les États s'engagent à toujours respecter (et mettre en oeuvre) un droit qui ferait partie du ius cogens (voir ch 446).

Les libertés fondamentales

670 L'écrasante majorité des droits fondamentaux peuvent toutefois faire l'objet de limitations. Les autorités sont en principe libres de prévoir des bases légales à cet effet. Les exigences pour pouvoir valablement restreindre la portée d'un droit fondamental dépend alors de la nature dudit droit. Pour les libertés (art. 10, al. 2, 13, al. 1, 15 à 24, 27 et 28 Cst.), les autorités doivent respecter les exigences de l'article 36 Cst. :

1. *base légale* : l'exigence d'une base légale permet de légitimer démocratiquement les interventions de l'Etat et à la sécurité juridique. Plusieurs éléments sont à prendre en compte relativement à l'exigence de la base légale, notamment :
   - Les bases légales doivent être suffisamment précises pour que les destinataires de la réglementation puissent adapter en conséquence leur comportement.
   - Le niveau normatif et la densité de la base légale dépend de l'intensité de l'atteinte à la liberté. Plus l'atteinte est grave, plus la base légale doit être claire. En cas d'atteinte grave, une base légale formelle est nécessaire, alors qu'une base légale matérielle (par exemple une ordonnance) peut suffire en cas d'atteinte légère.

Exemple

- L'interdiction de manifester est une atteinte grave à la liberté de réunion (ATF 148 I 19), et la destruction d'un téléphone portable est une atteinte grave à la propriété (Arrêt 1B_493/2021 du 5.11.2021).

   - La formulation de la base légale devra permettre aux autorités de se comporter de manière conforme aux droits fondamentaux.

Exemple

- Le refus d'une autorisation générale pour une entreprise afin d'organiser des jeux extérieurs dans tous les espaces forestiers du canton de Genève n'est pas une atteinte grave à la liberté économique, puisque des autorisations ponctuelles et localisées sont possibles (Arrêt 2C_397/2023 du 24.5.2024).

2. *intérêt public* : la restriction doit être justifiée par un intérêt public. On pense en premier lieu aux mesures prises par l'État pour préserver le bien public, notamment les valeurs dites parfois « de police » (l'ordre public, la tranquillité, la moralité, la sécurité et la santé publiques, la bonne foi dans les affaires) et les droits fondamentaux d'autrui ;

3. *proportionnalité* : la restriction doit être proportionnée au but visé. Ce critère se décompose en trois aspects :
   - l'aptitude : la mesure doit être apte à atteindre le but d'intérêt public visé.
   - la nécessité : la mesure doit être nécessaire pour atteindre le but visé. Autrement dit, il faut s'en abstenir si une mesure moins contraignante suffit.
   - la proportionnalité au sens étroit ou adéquation entre le but et l'effet de la mesure : il doit y avoir un rapport raisonnable entre le but de la mesure envisagée et l'effet de cette mesure. Il convient de mettre en balance l'intérêt public et les intérêts privés.

4. *sauvegarde de* l'essence *des droits fondamentaux* : l'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Exemple:

- Une base légale prévoyant la limitation des réunions à 10 personnes en cas de crise sanitaire répond à l'intérêt public de la santé publique (limitation de la liberté de réunion ; art. 22 Cst.). Elle est proportionnée dans ce sens où la limitation à un nombre donné de personne est apte à limiter les transmissions d'un virus, est nécessaire pour canaliser la dispersion du virus. La proportionnalité au sens étroit doit être examinée en fonction des faits précis dont on a connaissance sur le virus, son mode de tranmission et son caractère contagieux. Une limite à 10 personnes doit alors être la limite la plus sûre en fonction de ces éléments. Quant à l'essence de la liberté de réunion, elle est préservée du moment où l'on interdit pas purement et simplement la possibilité pour deux (ou plus) personnes de se réunir et d'échanger.

Les autres droits et garanties fondamentales

Les quatre éléments ci-dessus conditionnant la restriction des droits fondamentaux sont pensés en référence aux libertés individuelles (FF 1997 I 196). Leur application aux autres garanties fondamentales ne fait pas l'unanimité. Il est toutefois arrivé que le Tribunal fédéral et la doctrine s'y rapportent aussi pour les autres droits fondamentaux (v. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, n° 302 ss). *671*

Prévoir une limitation des autres droits fondamentaux, et des garanties fondamentales demande toutefois des arguments propres à ceux-ci. L'article 36 Cst. peut servir de schéma de pensée, mais certains éléments doivent être examinés plus en profondeur.

Exemples:

- En cas de restriction au principe de l'égalité (art. 8, al. 1 Cst.), le législateur doit présenter une argumentation renforcée sur le besoin de prévoir une inégalité de traitement. L'intérêt public dans un tel cas doit être légitime, et la proportionnalité doit être examinée en détail (ATF 149 I 125 - impôt foncier).
- Les garanties de procédure (art. 29 à 32 Cst.) ne peuvent souffrir des limitations que si elles sont justifiées par un besoin impérieux supérieur. De telles limitations doivent toujours être ancrées dans la loi. Certains éléments des garanties de procédure sont toutefois considérés comme du *ius cogens* comme par exemple le principe *nulla poena sine lege* (art. 31, al. 1 Cst.), ou le principe d'un tribunal indépendant (art. 30, al. 1 Cst.). L'examen de la proportionnalité aux limitations des garanties de procédures doit être très strict.
- La garantie de l'accès au juge (art. *29a* Cst.) est particulièrement importante pour assurer une protection judiciaire suffisante, peu importe le domaine du droit. Lors de l'examen d'un projet législatif, il est nécessaire de s'assurer que le projet garantisse un accès suffisant à la justice. Si une exception devait être prévue, celle-ci doit reposer sur une base légale formelle (ATF 149 I 146 - subvention discrétionnaire).

11 Compatibilité avec le droit international

Aperçu

Le droit international est un élément essentiel de notre ordre juridique. D'abord en quantité : il suffit, pour s'en convaincre, de contempler la partie internationale du RS (n° de RS commençant par « 0. »). En outre, il conditionne de manière décisive la législation interne et porte sur l'ensemble des activités de l'État. 672

Généralités

Notion et champ d'application

Le droit international public (ou droit des gens, *Völkerrecht* , *diritto internazionale pubblico* ou *diritto delle genti* , *public international law*) règle non seulement les relations entre États, mais aussi, dans une certaine mesure, les droits et devoirs des individus au sein de leur propre État (protection des Droits de l'Homme, droit pénal international), ainsi que les organisations internationales et leurs relations avec les États. 673

Les relations relevant du droit international peuvent être bilatérales, multilatérales, régionales ou mondiales. Le droit de l'Union européenne (dit droit européen , *Europarecht* , *diritto Europeo* , *European law*) a une place particulière. Il se développe dans ce cadre un droit *sui generis* qui se laisse toujours plus difficilement appréhender dans les catégories traditionnelles du droit international public. 674

Sources

Les traités internationaux sont la source la plus importante du droit international public. Les autres sources sont le droit coutumier, soit la pratique générale acceptée comme étant le droit, et les principes généraux de droit, soit les principes essentiels des législations nationales. Ces sources de droit sont inscrites à l'art. 38, al. 1, let. a à c, du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945 (Statut de la CIJ ; RS 0.193.501). 675

En revanche, les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas des sources du droit international public; il s'agit de moyens auxiliaires à la détermination des règles de droit (art. 38, al. 1, let. d, du Statut de la CIJ). Les arrêts de la Cour internationale de justice de La Haye revêtent une importance particulière. 676

À côté de ces sources de droit dites primaires s'est développée une source de droit secondaire : certains traités fondateurs d'organisations internationales autorisent leurs organes à prendre des décisions contraignantes pour leurs États membres. On citera par exemple les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU au sens de l'art. 25 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120). 677

« Droit mou »

678 On appelle « droit mou » (*soft law*) des règles qui ne sont pas juridiquement contraignantes mais qui suscitent certaines attentes auxquelles les intéressés ne peuvent se soustraire entièrement. Ce sont par exemple les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, certains accords internationaux non contraignants tels que ceux du domaine du contrôle de l'armement, ou encore les recommandations du Conseil de l'Europe. La jurisprudence et la conviction juridique des États peuvent transformer du droit mou en droit coutumier.

Les rapports entre droit interne et droit international

Les trois critères déterminant cette relation

679 Les rapports entre droit interne et droit international dépendent de trois éléments :

- validité : le droit international acquiert-il force de loi immédiate à l'intérieur de l'État (monisme), ou doit-il être repris par un acte de droit national pour être valable (dualisme) ?
- application : peut-il être appliqué directement par les autorités et les tribunaux ou bien doit-il faire l'objet d'un acte d'exécution ?
- rang : en cas de conflit de normes, le droit international prime-t-il le droit national, ou l'inverse?

Validité

680 L'ordre juridique suisse est fondé sur une tradition moniste. Les traités internationaux que la Suisse conclut font automatiquement partie intégrante de son ordre juridique dès leur entrée en vigueur au sens du droit international, sans qu'il y ait besoin d'un acte dit de « transformation » ou de « réception » (contrairement aux États dualistes comme l'Allemagne ou l'Italie).

681 Le système moniste découle implicitement de la Constitution, qui ne prévoit pas de procédure permettant de transformer le droit international en droit interne. L'arrêté d'approbation d'un traité international par l'Assemblée fédérale ne constitue pas un acte de transformation. En effet, l'approbation n'est pas soumise à la procédure législative. Sous la forme d'un arrêté fédéral (art. 163, al. 2, Cst.), il est publié dans le RO en même temps que le traité.

Application

682 Sont directement applicables (ou justiciables ou *self-executing*) les normes de droit international qui sont suffisamment concrètes et précises pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels elles pourront fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives. Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation du droit international (art. 189, al. 1, let. b, Cst.).

Pour fonder des obligations envers les particuliers, les traités internationaux doivent être publiés au RO (art. 8 LPubl). 683

Ne sont pas directement applicables (c'est-à-dire sont non justiciables ou *non-self-executing* ou *executory*) les normes de nature programmatoire et les dispositions qui s'adressent aux États. Elles doivent être concrétisées par le législateur national avant de fonder des droits et obligations pour les particuliers et de pouvoir être invoquées devant les autorités administratives et judiciaires (v. *ch. 531 ss*). 684

Pour concrétiser le traité international, il faudra par exemple déterminer dans un acte normatif à qui s'adressent les droits et les obligations ou quelle est leur étendue exacte (conditions pour faire valoir un droit). On pourra aussi avoir à désigner les autorités compétentes et à fixer les voies de recours (compétences et procédures). 685

La question de l'application directe se pose aussi pour le droit de l'UE que la Suisse reprend dans un accord bilatéral. 686

- Les règlements de l'UE sont contraignants pour tous les Etats membres et s'appliquent directement. Les Etats membres n'ont pas le droit de les concrétiser par des actes nationaux. Comme la Suisse n'est pas membre de l'Union, elle n'est pas tenue par cette règle. C'est en fonction des règles générales d'interprétation des traités internationaux que l'on détermine si un règlement de l'UE est directement applicable en Suisse ou doit être concrétisé en droit interne, en particulier selon que ses dispositions sont justiciables ou non.
- Les Etats membres de l'UE sont tenus de mettre en œuvre les directives européennes dans leur droit national. La Suisse a quant à elle une marge de manœuvre. Elle ne transpose en droit suisse que les dispositions des directives qui ne sont pas directement applicables. De plus, seules les dispositions ayant un cadre normatif doivent être reprises dans un acte fixant des règles de droit (v. art. 22, al. 4, LParl). Les passages ressortissant plutôt au commentaire sont à intégrer dans des aides à la mise en œuvre, telles que des instructions administratives, des listes de contrôles, etc. (v. *ch. 547 ss*). Dans le cas d'une loi fédérale, ils peuvent simplement être mentionnés dans le message.

Rang

La question du rang d'une norme de droit international se pose lorsque celle-ci a force de loi en Suisse, est directement applicable et se trouve en conflit avec le droit interne, c'est-à-dire lorsque le droit interne ne peut pas être interprété de manière conforme au droit international. La Constitution fédérale ne règle pas explicitement cette question. 687

Le Tribunal fédéral a développé la jurisprudence « Schubert » (ATF 99 Ib 39) nuancée par la jurisprudence « PKK » (ATF 125 II 417), qui, très schématiquement, fondent les règles de résolution des conflits suivantes : 688

1. en principe, le droit international prime le droit interne ;
2. si l'Assemblée fédérale a dérogé au droit international en pleine connaissance de cause, la loi fédérale prime (exception au principe) ;
3. cette exception en cas de violation délibérée du droit international par le législateur ne vaut toutefois pas par rapport aux droits de l'homme garantis par le droit international, par exemple la CEDH. La primauté de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne sur le droit national n'est pas définitivement établie (pro: ATF 142 II 35, consid. 3.3; contra: ATF 6B_378/2018, consid. 4.3.4 et ATF 6B_48/2019).

689 Concernant certaines questions particulières, notamment celle des conflits entre le droit constitutionnel et le droit international, la pratique des autorités et des tribunaux n'est pas encore bien fixée.

690 Ceci mis à part, quelques actes de droit fédéral prévoient la primauté du droit international (art. 1, al. 2, LDA : « Les accords internationaux sont réservés » ; voir aussi l'art. 1, al. 2, LDIP ou l'art. 2 LEI, où la réserve porte sur des accords internationaux bien précis). Une telle disposition n'a toutefois qu'un caractère déclaratoire et devrait être évitée.

691 En revanche, il peut être utile – et cette manière de faire est de plus en plus fréquente en pratique – de prévoir une disposition obligeant le Conseil fédéral à prendre en considération des normes ou des recommandations de droit international lorsqu'il édicte des dispositions d'exécution.

Exemples :

- art. 4, al. 2, de la loi fédérale sur la sécurité des produits (LSPro ; RS 930.11) ;
- art. 39, al. 1, de la loi sur les produits chimiques (RS 813.1).

Force obligatoire du droit international

692 Lorsque la Suisse déroge à ses engagements internationaux, elle voit sa responsabilité engagée au regard du droit international. L'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111) explicite l'adage *pacta sunt servanda* en précisant que les États sont liés par les traités en vigueur et doivent les exécuter de bonne foi. L'art. 27 de la Convention de Vienne interdit aux États de se dégager de ces liens en invoquant les dispositions de leur droit interne.

Moyens auxiliaires :

- rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067) ;
- rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2011 3401).

Examen de la compatibilité d'un projet législatif avec le droit international

693 Pour tout projet législatif, il convient d'examiner la compatibilité avec les engagements internationaux pris par la Suisse. Il est donc indispensable de consulter la partie internationale du Recueil systématique.

694 Il peut s'adresser éventuellement à la Direction du droit international public du DFAE pour s'assurer que les sources dont il dispose sont exhaustives ou, le cas échéant, pour demander une interprétation d'une norme de droit international.

695 Les messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale doivent comporter, si nécessaire, un chapitre consacré à l'examen de la compatibilité du projet d'acte législatif avec les engagements internationaux conclus par la Suisse (art. 141, al. 2, let. a, LParl).

Rapport avec le droit de l'Union européenne

696 Les messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale et les propositions au Conseil fédéral relatives aux ordonnances doivent toujours aborder la question du droit européen. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure les dispositions proposées ayant des conséquences internationales sont compatibles avec les actes de droit européen en vigueur ou en préparation qui ne lient pas la Suisse. L'objectif est ici d'éviter de créer, involontairement et sans que ce soit nécessaire, de nouvelles disparités juridiques qui feront obstacle à la reconnaissance mutuelle des différents ordres juridiques que l'on cherche en principe à instaurer au niveau européen (voir FF 1988 III 233, 365). Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, eux, sont traités dans le chapitre sur la compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse.

697 La procédure suivante est prévue pour examiner la compatibilité avec le droit européen (voir FF 1988 III 233, 440) :

- l'office fédéral dont émane le projet de loi ou d'ordonnance décrit lui-même la situation juridique européenne et sa relation avec le projet en question ;
- la Direction des affaires européennes analyse ensuite le texte sous l'aspect de la politique d'intégration et vérifie que tous les développements importants en cours dans l'UE ont été pris en compte ;
- la Direction du droit international public traite de toutes les questions de droit international public qui se posent dans le développement des relations entre la Suisse et l'UE ;
- l'Office fédéral de la justice assiste les services fédéraux compétents dans leur activité normative et, au besoin, fait des propositions visant à assurer la compatibilité du droit suisse avec le droit européen.

12 Légalité, délégation des compétences législatives et renvois

Principe de la légalité

Principe

698 Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État : c'est sur cette maxime, fixée à l'art. 5, al. 1, Cst., que repose tout notre ordre juridique. Le principe de la légalité implique que tout acte étatique repose sur une norme générale et abstraite suffisamment précise, édictée et rendue publique (art. 8 LPubl ; v. *ch 32 ss*) par l'autorité compétente au niveau normatif requis.

699 Les normes (loi, ordonnances...) sont générales — parce qu'elles s'adressent à un cercle de destinataires qui n'est pas défini de manière précise — et abstraites — parce qu'elles visent un nombre indéterminé de situations concrètes (voir la définition de la règle de droit au *ch. 542 ss*).

700 Le principe de la légalité vise, tout d'abord, à satisfaire à l'exigence démocratique liée au respect de la répartition des compétences entre les divers pouvoirs de l'Etat ; il permet, d'autre part, d'assurer le respect de l'État de droit, à savoir la prévisibilité du droit et l'égalité de traitement, exigences auxquelles doit répondre l'activité étatique (voir ATF 123 I 1, p. 3 avec renvois). Il ne requiert pas que toute activité étatique soit prévue dans tous ses détails dans des normes générales et abstraites. Dans les limites des dispositions constitutionnelles (notamment les art. 36 et 164 Cst.), il peut être approprié et de l'intérêt des sujets de droit de laisser une certaine latitude aux autorités d'application du droit dans les cas d'espèce.

701 On ne peut nier un conflit d'objectifs entre d'une part l'exigence constitutionnelle selon laquelle la loi doit rendre prévisible le comportement des autorités (y compris des tribunaux) au moyen de réglementations suffisamment précises, et d'autre part le souci de concevoir les actes législatifs de manière à ce qu'ils restent efficaces et atteignent leurs objectifs pendant toute leur durée d'application, même dans un contexte qui évolue. Il n'existe pas de règles simples et claires pour gérer ce conflit d'objectifs. On peut au moins dire que les actes législatifs doivent être aussi précis que nécessaire pour la prévisibilité et aussi ouverts à l'avenir que possible. L'appel à des réglementations technologiquement neutres se fait particulièrement entendre lorsqu'il s'agit d'actes législatifs dans le domaine du numérique. Toutes les questions de détail – y compris les questions techniques – qui ne nécessitent pas de réponse dans une loi ou une ordonnance afin de parvenir à une réglementation juridiquement correcte et efficace doivent rester ouvertes. En outre, à des niveaux de normes plus élevés, un plus grand degré d'indétermination est tolérable (c'est-à-dire qu'une plus grande ouverture est possible). Au niveau de normes inférieures, une moindre ouverture vers l'avenir est plus acceptable étant donné qu'une révision ce ces actes est plus facile (c'est-à-dire qu'une plus grande préci-

sion est possible). Par exemple, au niveau de la loi formelle, il peut être généralement prévu que les données de certaines personnes sur un certain sujet doivent être transmises à un service spécifique dans un but précis, après quoi le Conseil fédéral précise dans son ordonnance plus en détail les données à transmettre et délègue au département responsable la responsabilité de réglementer le format de données à utiliser pour la transmission électronique et les détails techniques d'éventuelles interfaces machine à machine.

Exceptions

Il existe toutefois des exceptions au principe de la légalité, à savoir : *702*

- Les activités administratives auxiliaires
  Sous ce terme, il faut comprendre les activités qui ne représentent pas en soi l'accomplissement d'une tâche étatique, mais dont l'État a besoin pour remplir une tâche déterminée. On pense en particulier à la création et à l'entretien des infrastructures nécessaires à l'accomplissement de tâches déterminées. L'attribution à des tiers de prestations de service nécessaires à l'accomplissement de tâches étatiques fait partie de l'administration auxiliaire (s'agissant de la délégation de tâches publiques à des tiers, voir *ch. 954 ss*).
- Clause générale de police
  Il n'est guère possible de régler, par un ensemble de normes abstraites, toutes les situations qui mettent en péril la sécurité et l'ordre publics. Afin de permettre à l'État d'agir dans des situations exceptionnelles, imprévisibles et urgentes, on admet le recours à ce que l'on nomme la clause générale de police, qui supplée l'absence de base légale. La clause générale de police est ancrée à l'art. 36, al. 1, 3e phrase, Cst. et dans beaucoup de constitutions cantonales. L'art. 185, al. 3, Cst. constitue en outre une transcription explicite, à l'intention du Conseil fédéral, de la clause générale de police. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 147 I 165, 136 IV 113 ss, 130 I 381 ss, 126 I 118, 121 I 22 ss), cette clause ne peut être invoquée que pour écarter un danger grave, direct et imminent qui menace des biens juridiques essentiels (la vie, l'intégrité corporelle, la santé, l'ordre public). Le Conseil fédéral ne peut donc s'en prévaloir que pour réglementer temporairement des situations exceptionnelles.

Délégation de compétences législatives

Principes *703*

L'art. 182 Cst. habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution. Selon cet article, il s'agit uniquement de normes secondaires qui, par exemple, précisent une disposition légale, décrivent ses effets juridiques pratiques, concrétisent des notions juridiques indéterminées ou règlent des questions d'organisation.

704 L'art. 164, al. 2, Cst. autorise le législateur à déléguer la compétence d'édicter des règles de droit primaires (ordonnances de substitution, voir *ch. 566 ss*), à moins que la Constitution ne l'exclue. Il est donc aussi possible de déléguer la compétence d'édicter des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. (v. JAAC 66 [2002] n° 99). Les ordonnances ne se limitent pas forcément à des dispositions de moindre importance ou sans importance (v. commentaire de la LParl, art. 22, ch. 10). Toute délégation doit toutefois respecter les conditions développées par la pratique et la jurisprudence. La loi formelle doit, en particulier, contenir les orientations essentielles et fixer elle-même les principes directeurs ou les grandes lignes en édictant des *dispositions fondamentales*.

705 Si la délégation de la réglementation d'un domaine déterminé ne paraît pas exclue par la Constitution (v. par exemple les art. 29*a* et 36, al. 1, Cst.), il n'y en a pas moins lieu d'examiner si elle se justifie en l'espèce. Tel est, par exemple, le cas lorsque la souplesse de l'activité étatique passe par une délégation de compétences normatives au Conseil fédéral ou que, à défaut d'une telle délégation, la loi descendrait trop au niveau du détail (v. *ch. 581*).

706 Les compétences que le Parlement a choisi de déléguer doivent, en règle générale, l'être au Conseil fédéral et non aux instances qui lui sont subordonnées car, en sa qualité d'autorité directoriale suprême de l'administration, il doit pouvoir décider s'il y a lieu de déléguer des compétences à un niveau inférieur et, dans l'affirmative, à quelle instance. Dans les messages qu'il adresse au Parlement, le Conseil fédéral est tenu de justifier les normes de délégation qu'il propose.

Exemples (hypothétiques) de délégations inadmissibles :

- le législateur ne peut pas déléguer la compétence de décider s'il y a lieu de choisir un régime de répartition ou un régime de capitalisation dans les domaines de la LAVS et de la LPP ;
- le législateur ne peut pas déléguer la compétence de décider de l'introduction d'un système de valeurs-limites dans le droit de l'environnement. En revanche, il peut déléguer la tâche de fixer les différentes valeurs-limites.

Exigences relatives à la norme de délégation

707 La norme de délégation doit décrire l'objet, le but – pour autant que celui-ci ne saute pas aux yeux –, l'étendue (par exemple au moyen de délimitations chiffrées) et, autant que possible, les grandes lignes de la réglementation déléguée. Ces précisions s'imposent, notamment, lorsque les personnes sont particulièrement touchées par la réglementation considérée.

Le législateur peut assortir la norme de délégation d'indications précises, d'une énumération d'exemples ou encore de principes et de buts.

- Principes et buts

Exemples :

- art. 13, 14 et 15 de la loi sur la protection de l'environnement (valeurs limite ; LPE, RS 814.01) ;
- art. 1 en relation avec l'art. 7, al. 4 à 6, de la loi sur les denrées alimentaires (LDAI, RS 817.0) ;
- art. 10 de la loi fédérale sur les produits de construction (LPCo ; RS 933.0).

- Indications précises

Exemples :

- art. 14, al. 5, de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) ;
- art. 11, al. 5, de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21) ;
- art. 13 de la loi sur les denrés alimentaires et les objets usuels (LDAI ; RS 817.0.

- Énumération non exhaustive

Exemples :

- art. 18, al. 2, de la loi sur l'énergie (LEn RS 730.0) ;
- art. 54b, al. 2, LPTh. (RS 812.21);

Une délégation trop globale est inadmissible (par exemple, « Le Conseil fédéral réglemente les passages de frontières »), car les exigences de la norme de délégation ne sont alors pas remplies. Si l'on utilise la formulation « Le Conseil fédéral fixe les détails », il convient d'examiner si la disposition n'est pas superflue du fait qu'elle ne concerne que du droit d'exécution (v. *ch. 566*). *708*

Adoption d'ordonnances

Ordonnances du Conseil fédéral

Dans la hiérarchie des normes internes, les ordonnances se situent en dessous de la Constitution et de la loi et doivent leur être conformes. Elles sont plus faciles à modifier (rôle limité du Parlement, absence de référendum). *709*

Les dispositions édictées sous forme d'ordonnances du Conseil fédéral doivent reposer sur l'une des bases légales suivantes. *710*

- Compétence générale de mise en œuvre
  Sur la base de la compétence générale de mettre en œuvre les actes législatifs que lui confère la Constitution (art. 182, al. 2, Cst.), le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances dans la mesure où il s'agit de dispositions de moindre importance (*ordonnances d'exécution*). Aucune clause d'habilitation spécifique dans la loi n'est nécessaire. C'est pourquoi des dispositions telles que « Le Conseil fédéral *peut* édicter les dispositions d'exécution » sont inutiles. Par

contre, en le formulant comme un mandat (« Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution »), le législateur peut enjoindre au gouvernement de régler les modalités de manière générale et abstraite (et par des prescriptions contraignantes).

- Délégation dans une loi
  En vertu de l'art. 164, al. 2, Cst., le législateur peut, dans une loi, déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter des normes dites « primaires », autrement dit des normes qui se substituent à des dispositions législatives (*ordonnances de substitution*, voir *ch. 704*).

Exemple :

- art. 107, al. 1 et 2, de la loi sur la TVA (LTVA ; RS 641.20 : dérogation concernant l'imposition).

- Délégation dans un article constitutionnel
  Dans de rares cas, le Conseil fédéral peut être habilité directement par une disposition constitutionnelle à édicter des normes réglementaires.

Exemples :

- en vue de la sauvegarde des intérêts du pays (art. 184, al. 3, Cst.) ;
- en vertu de la clause générale de police instaurée par l'art. 185, al. 3, Cst ;
- pour adapter certains montants de la redevance forfaitaire sur la circulation des poids lourds (art. 196, ch. 2, al. 4, Cst.).

Ordonnances des départements, des groupes et des offices

Subdélégation aux autorités subordonnées au Conseil fédéral

711 En vertu de l'art. 48, al. 1, LOGA, le Conseil fédéral peut déléguer aux départements la compétence d'édicter des règles de droit, à condition toutefois que le législateur n'ait pas exclu – expressément ou implicitement – une telle délégation. Pour arrêter sa décision de déléguer ou non cette compétence, le Conseil fédéral doit prendre en compte la portée de la norme envisagée. S'agissant de la teneur à donner à la norme elle-même, il faut tenir compte des principes usuels régissant la délégation. Le Conseil fédéral étant l'autorité directoriale suprême de l'administration, il se doit d'utiliser la sous-délégation avec retenue. Celle-ci a, en effet, généralement pour incidence de restreindre l'implication des autres départements dans le processus de décision et, partant, des offices qui leur sont subordonnés.

712 Selon l'art. 48, al. 2, LOGA, le Conseil fédéral ne peut déléguer une telle compétence aux groupements et aux offices que si une loi fédérale le permet explicitement. Dans ce cas également, il prendra en compte la portée des normes censées faire l'objet de la délégation.

713 Les dispositions de ces ordonnances ne peuvent porter que sur la matière qui a fait l'objet d'une délégation de compétences normatives ainsi que, éventuellement, sur les prescriptions d'exécution nécessaires.

Formulation de la norme de subdélégation

Lors de la formulation d'une subdélégation, il faut veiller à ce que la norme délimite précisement l'étendue de la compétence déléguée. *714*

Contrôle de l'activité législative déléguée

Contrôle exercé par le Parlement

Généralités

En principe, l'adoption des ordonnances a lieu sans la participation du Parlement ; le Conseil fédéral l'informe simplement de la préparation d'ordonnances (art. 151, al. 3, LParl). Toutefois, lorsque le Conseil fédéral prépare une ordonnance importante, la commission compétente peut lui demander qu'il la consulte sur le projet (art. 151, al. 1, LParl). De même, lorsqu'une ordonnance doit être édictée ou modifiée en application directe d'un acte adopté par l'Assemblée fédérale, la commission décide, lors du vote sur l'ensemble de l'acte, si elle veut être consultée. Enfin, le Conseil fédéral informe l'Assemblée fédérale de la préparation d'ordonnances (art. 151, al. 2, LParl ; voir le commentaire de la LParl, art. 151, ch. 409 ss). *715*

Outre cette forme de consultation du Parlement dans le cadre de l'activité législative déléguée, le législateur prévoit dans quelques cas un véritable contrôle des normes réglementaires adoptées par le Conseil fédéral. Ce contrôle peut aller jusqu'à l'obligation de soumettre lesdites normes à l'approbation du Parlement. Toutefois, comme le contrôle exercé par le Parlement sur les ordonnances du Conseil fédéral affaiblit les compétences réglementaires de celui-ci, il apparaît inapproprié, certains auteurs de doctrine allant même jusqu'à le considérer comme contraire à la Constitution. En l'occurrence, compte tenu des problèmes de répartition des compétences qu'il pose, le contrôle exercé par le Parlement ne doit être admis que dans des cas dûment motivés, par exemple, lorsque le Conseil fédéral doit prendre à court terme des décisions qui, par leur portée, incomberaient en principe au législateur lui-même. *716*

Le législateur a diverses possibilités d'exercer le contrôle de l'activité législative déléguée. On en distingue au moins deux : *717*

Approbation par le Parlement des ordonnances du Conseil fédéral

Dans ce cas de figure, les ordonnances du Conseil fédéral nécessitent l'approbation (a priori ou a posteriori) du Parlement. Une telle approbation revêt la forme d'un arrêté fédéral simple. A l'heure actuelle, cette approbation n'est réservée que dans de rares cas par la législation. En outre, ces dernières années, plusieurs dispositions soumettant des normes réglementaires à l'approbation du Parlement ont été abrogées. *718*

Exemple :

- arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail), FF 2012 7771.

Rapport au Parlement assorti d'un droit d'intervention

719 Dans ce cas de figure, le Conseil fédéral doit faire rapport à l'Assemblée fédérale sur les ordonnances qu'il a édictées en vertu des normes de délégation. Ces normes peuvent habiliter le Parlement à exiger du Conseil fédéral qu'il annule, modifie ou complète son ordonnance. Juridiquement parlant, ce droit d'intervention est assimilable à une motion.

Exemple :

- art. 13, al. 2, de la loi sur le tarif des douanes (LTaD ; RS 632.10) ;

Contrôle exercé par les tribunaux et les autorités administratives (droit accessoire de contrôle)

720 Les autorités judiciaires et administratives peuvent examiner, en présence d'un cas concret dont elles doivent traiter, la légalité, y compris la constitutionnalité, des lois et ordonnances qu'elles doivent appliquer (contrôle concret des normes ; contrôle accessoire/préjudiciel). Ce droit leur permet de ne pas faire application d'une norme règlementaire si l'examen conclut à son illégalité. Les tribunaux sont par contre tenus d'appliquer les lois fédérales, en vertu de l'art. 190 Cst. (pour plus de détails, v. *ch. 541 ss*).

Renvois

Aperçu

721 Par « renvoi », il faut comprendre le fait de se référer, dans un acte législatif, à une autre réglementation et de renoncer, par là même, à en créer une nouvelle. Par conséquent, le renvoi constitue le lien entre la norme de renvoi et l'objet du renvoi. La norme de renvoi n'est pas complète sans l'objet du renvoi.

722 Il convient de distinguer le renvoi de l'intégration ou de la réception, qui consistent à retranscrire une norme externe dans un acte législatif. Dans un cas comme dans l'autre, la norme externe devient immédiatement partie intégrante de l'acte législatif. Le renvoi porte sur des règles déjà existantes et n'a pas pour corollaire l'édiction de nouvelles règles. Il se distingue ainsi de la délégation de compétences législatives.

723 S'ils sont utilisés correctement, les renvois permettent de raccourcir considérablement les textes de lois, d'améliorer leur intelligibilité et d'intégrer d'autres normes (par exemple réglementation de l'UE ou règles techniques). En outre, ils peuvent contribuer à diminuer la nécessité de légiférer (cf. DTL ch. 96 ss).

Par contre, le renvoi viole, la plupart du temps, le principe selon lequel un acte législatif doit, autant que possible, pouvoir être compris isolément. Des renvois lacunaires ou mal choisis peuvent rendre un acte législatif difficilement compréhensible. *724*

Il existe divers types de renvois : *725*

- Les renvois au sens propre (constitutifs) créent un lien entre la norme de renvoi et l'objet du renvoi ; on s'intéressera ici avant tout à cette catégorie de renvois.
- Les renvois improprement dits (déclaratoires) sont cités pour mémoire et renvoient à des dispositions qui s'appliquent déjà au champ d'application de la norme de renvoi ; les renvois improprement dits sont souvent superflus et devraient si possible être évités.
- Les renvois internes sont des renvois à des dispositions du même acte législatif. Une structuration claire et cohérente permet dans la plupart des cas d'éviter de tels renvois.
- Les renvois externes se réfèrent à un autre acte normatif fédéral ou à une disposition qui ne fait pas partie du droit fédéral (normes privées ; droit étranger). Les renvois à une disposition du droit fédéral qui respectent la hiérarchie des normes ne posent en général pas de problème sur le plan juridique. Les renvois externes peuvent être divisés comme suit :
  - renvois indirects : ils ne renvoient pas à un ensemble de normes déterminé, mais, au sens d'une clause générale, à l'état de la science et de la technique (cf. par exemple art. 64, al. 4, de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ; RS 812.219) ou à des ensembles de normes mentionnés uniquement à titre d'exemple (en tant qu'expression d'un standard) ;
  - renvois directs : ils renvoient expressément à un ensemble déterminé de normes ou à des dispositions déterminées ; on distingue, parmi les renvois directs :
    - les renvois statiques, qui portent sur une version déterminée de l'objet du renvoi, par exemple « directive de l'UE no… du… », accompagnée d'une note de bas de page (« version du … ; modifiée en dernier lieu par … ») ou encore « norme SIA no… dans sa teneur du… » ;
    - les renvois dynamiques, qui portent sur un ensemble de normes, quelles que soient les modifications qu'elles puissent subir.

Renvoi à des normes privées

Importance

726 Les normes privées édictées par des organismes non étatiques sont importantes, en particulier dans les domaines techniques et scientifiques.

Exemple :

- Art. 4 de l'ordonnance sur le courant fort (RS 734.2)

  [1] Les installations à courant fort et les équipements électriques qui y sont raccordés doivent être établis, modifiés, entretenus et contrôlés selon les prescriptions de la présente ordonnance et les règles techniques reconnues. Lorsqu'ils sont utilisés ou exploités conformément à leur destination ainsi qu'en cas de perturbation prévisible, ils ne doivent mettre en danger ni les personnes ni les choses. Lorsque l'ordonnance ne prescrit rien, on s'en tiendra aux règles techniques reconnues.

  [2] Sont réputées règles techniques reconnues en particulier les normes internationales harmonisées de la CEI et du CENELEC. A défaut, on s'en tiendra aux normes suisses (...).

727 Le recours du législateur à des normes privées est indiqué lorsqu'il suffit à assurer convenablement, à titre préventif, la protection de la vie, de la santé et des biens.

Avantages

728 Le renvoi à des normes privées offre non seulement l'avantage de décharger le législateur, mais également celui d'alléger l'acte législatif lui-même, car il dispense de reproduire des dispositions techniques détaillées, volumineuses et compliquées. Le renvoi permet d'adapter rapidement une réglementation à l'évolution de la technique et de la science et de faire participer les milieux spécialisés à l'élaboration de la législation, ce qui peut contribuer à une meilleure acceptation de l'ordre juridique.

Inconvénients

729 Les règles élaborées par des particuliers ne deviennent pas des actes législatifs étatiques du fait du renvoi : elles conservent leur caractère privé, même si des organes étatiques ont collaboré à leur élaboration (voir JAAC 41 [1977], nº 110, p. 105 ; JAAC 44 [1980], nº 28, p. 121). De plus, elles ne sont pas publiées dans le RO (voir art. 5 LPubl, RS 170.512). Les destinataires doivent, en particulier lorsqu'il s'agit de renvois dynamiques, savoir quelle version de l'objet du renvoi est en vigueur et où la consulter (voir JAAC 41 [1977], nº 110, p. 106). Il paraît dès lors judicieux de ne pas donner aux règles élaborées par des organisations spécialisées privées la forme d'un acte législatif, mais plutôt de recommander leur application au moment de l'exécution par le biais de directives ou de circulaires (voir également JAAC 44 [1980], nº 28, p. 121 s.).

Enfin, l'élaboration de règles techniques ou scientifiques par des groupes composés de manière trop unilatérale peut contrevenir à l'intérêt public. 730

La procédure d'élaboration des normes privées ne répond pas aux exigences que l'État doit observer dans le cadre de son activité législative. Les principes d'un État de droit, tels que la protection des droits fondamentaux, l'égalité devant la loi, l'interdiction de l'abus de droit ou de l'arbitraire ou encore le principe de la légalité ne s'appliquent pas avec la même rigueur aux particuliers qui élaborent des réglementations. 731

Une règle de droit doit se conformer dans tous ses éléments au droit de rang supérieur. Par conséquent, le législateur qui prévoit un renvoi devra vérifier que l'objet du renvoi est conforme à l'ordre juridique. 732

Admissibilité

- Le renvoi indirect au moyen d'une clause générale (formules du type « selon les règles techniques reconnues » ou « selon l'état de la science et de la technique ») est admissible, car il n'impose pas le respect d'une norme technique particulière. Le destinataire de la réglementation est en effet libre d'adopter une autre solution s'il peut apporter la preuve qu'il remplit les exigences légales autrement qu'en appliquant la norme d'une association. 733
- Pour ce qui est du renvoi direct (l'objet du renvoi étant soit une norme déterminée édictée par une association, soit le système normatif d'une association que la norme de renvoi désigne précisément), il faut tenir compte des éléments suivants :
- Le *renvoi statique* est considéré admissible en doctrine et dans la pratique actuelles, dans la mesure où il permet l'adoption d'une réglementation appropriée à un moment donné et dans un futur proche. Il nécessite cependant l'adaptation de la norme de renvoi lorsque le particulier qui édicte la réglementation (et qui n'est pas lié par le renvoi) modifie ou abroge l'objet du renvoi.
- Le *renvoi dynamique (direct)* soulève la question de sa légitimité constitutionnelle. Au moment de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi, le législateur a une représentation concrète de l'objet du renvoi et il sait que la version en vigueur de la réglementation élaborée par une association est conforme au droit. En revanche, lorsque le renvoi est dynamique, il n'a aucune garantie que les auteurs de la réglementation respecteront toujours le cadre qu'il a établi. Le renvoi dynamique, de par son caractère automatique, ouvre en effet la porte à des modifications normatives futures relatives à l'objet du renvoi, modifications qui n'auraient pas l'aval du législateur et pourraient même aller à l'encontre de sa volonté. En fin de compte, il pourrait s'agir d'une sorte de « chèque en blanc ». C'est la raison pour laquelle ce type de renvoi n'est en principe pas admissible en vertu du droit constitutionnel actuel (voir JAAC 41 [1977], nº 110, p. 106 s.).

Le renvoi dynamique direct est cependant admis à titre exceptionnel si les conditions de la délégation de la législation à des organismes privés sont respectées et que les normes techniques en question remplissent les conditions suivantes :

- elles se rapportent à une matière très technique ;
- elles ont essentiellement valeur de recommandation (art. 76, al. 1, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels ; RS 817.02) ;
- elles sont déjà très largement utilisées ;
- elles sont développées par des milieux d'experts selon un processus dynamique connu et accepté des utilisateurs, qui leur permette d'y prendre part.

- En matière de droit des produits, la loi fédérale sur la sécurité des produits (RS 930.11) ne définit que « les exigence essentielles » qui doivent être respectées. Elle prévoit que l'élaboration de la réglementation de détail est confiée à des associations professionnelles déterminées, mandatées par une autorité. Si un produit est fabriqué conformément aux normes en question, il est présumé correspondre aux exigences de base. La présomption de conformité s'inscrit encore dans le cadre du renvoi indirect, car elle n'instaure pas l'obligation de respecter une norme déterminée. C'est par exemple l'approche adoptée dans l'ordonnance sur la sécurité des ascenseurs (ordonnance sur les ascenseurs ; RS 819.13).

Renvoi au droit international, en particulier au droit de l'UE

734 Les renvois au droit international (traités internationaux ou actes édictés par des organisations internationales ou supranationales) sont devenus une partie intégrante du droit suisse. Alors que le renvoi à des normes privées vise avant tout à tirer profit de l'expertise des organismes spécialisés, le renvoi à des normes internationales a pour objectif premier d'harmoniser le droit suisse avec le droit international, en particulier avec le droit de l'UE.

Renvoi aux traités internationaux conclus par la Suisse

735 Il est possible, dans un acte normatif du droit interne, de faire un renvoi à un traité international engageant la Suisse.

Exemple :

- art. 3, al. 4, de la loi fédérale sur les entreprises de transport par route (RS 744.10) : « Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation d'admission. Pour ce faire, il tient notamment compte des dispositions de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (accord sur les transports terrestres). »

Renvoi au droit de l'UE

Il est possible de renvoyer à un acte de l'UE, même si la Suisse ne l'a pas repris dans un accord bilatéral (reprise autonome). *736*

Exemples :

- art. 2, al. 3, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.02) : en dérogation à l'al. 2, les termes utilisés pour ce qui concerne les jouets sont ceux qui figurent dans la directive 2009/48/CE ;
- art. 4, al. 4, de l'ordonnance sur les installations à câbles (RS 743.011) : sauf dispositions contraires de la LICa et de la directive UE sur les installations à câbles, les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires et dérogatoires.

La différence entre le droit contraignant et non contraignant pour la Suisse est importante pour ce qui est de l'admissibilité des renvois dynamiques. *737*

Admissibilité des renvois au droit de l'UE

Le renvoi à des actes ou des normes du droit de l'UE pose la question de la souveraineté, puisqu'il porte sur le droit d'une autre entité souveraine. La Suisse ne prend pas part à l'élaboration du droit communautaire et ce dernier ne fait pas partie de notre ordre juridique. L'admissibilité de ce type de renvois doit donc faire l'objet d'un examen attentif : *738*

- Le renvoi direct statique à des normes du droit de l'UE est admissible, pour autant que le principe de la légalité soit respecté ; il faut en particulier que l'objet du renvoi respecte le droit suisse de rang supérieur et les principes de l'État de droit. Le renvoi doit être identifié comme tel par la désignation de la version déterminante (par exemple grâce à une formulation telle que « dans la version du … » ou, dans le cas des actes qui font l'objet d'une publication, grâce à la mention de la version publiée dans le Journal officiel de l'UE [JO]).
- Le renvoi direct dynamique à des normes du droit de l'UE n'est admissible que s'il est fondé sur un traité international et/ou sur la Constitution et sur la loi (cf. *ch. 733*).

Le renvoi dynamique est admissible dès lors que les normes de l'UE en question sont citées dans un traité international contraignant pour la Suisse, en particulier dans un accord bilatéral entre celle-ci et l'UE. En effet, les traités et décisions relevant du droit international sont considérés comme partie intégrante du droit fédéral, et chaque adaptation des actes européens concernés a lieu selon une procédure prévue par les accords. *739*

Exemple :

- Art. 77, al. 4, de l'ordonnance sur l'aviation (RS 748.01) : « Les événements visés au règlement d'exécution (UE) 2015/1018[110] doivent être déclarés. »

Note de bas de page 110 de cette disposition : «Règlement d'exécution (UE) 2015/1018 de la Commission du 29 juin 2015 établissant une liste classant les événements dans l'aviation civile devant être obligatoirement notifiés conformément au règlement (UE) no 376/2014 du Parlement européen et du Conseil, dans la version qui lie la Suisse en vertu de l'annexe, ch. 3, de l'accord sur le transport aérien (cf. note de bas de page relative à l'art. 13).»

740 Un renvoi dynamique peut exceptionnellement être approprié lorsque, dans un domaine juridique déterminé, le droit de l'UE doit être repris en continu et à court terme. Les conditions suivantes doivent être remplies :

- un mandat légal formel explicite prévoit la mise à jour dynamique ;
- la réglementation de l'UE qui fait l'objet du renvoi ne contient pas de disposition importante fixant des règles de droit ; elle est de nature essentiellement technique ou administrative ;
- la matière réglementée est étroitement délimitée ;
- la pertinence politique est restreinte ;
- l'objet du renvoi est accessible dans les trois langues officielles.

Exemples :

- art. 82, al. 3, de la loi sur les produits thérapeutiques (RS 812.21) : « Le Conseil fédéral peut prévoir que certains actes délégués et certains actes d'exécution de la Commission européenne dans le domaine des dispositifs médicaux s'appliquent également en Suisse dans la version qui s'applique aux États membres de l'Union européenne, pour autant qu'il s'agisse de modalités techniques ou administratives dont la réglementation est adaptée régulièrement et en général à court terme. »
- art. 17, al. 4, et annexe 4, de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux (RS 812.213) : « Les obligations et modalités découlant de l'identification et de l'enregistrement des dispositifs sont régies par les art. 27 et 29 et par l'annexe VI RDM-UE, compte tenu des amendements apportés à ladite annexe par la Commission européenne au moyen de ses actes délégués[x].

Renvois en chaîne au droit de l'UE

741 Le renvoi en chaîne renvoie, dans un acte législatif ou un accord bilatéral, à une disposition du droit de l'UE qui, à son tour, renvoie à une autre disposition du droit de l'UE. Dans une telle constellation, il peut parfois être difficile de déterminer la portée (matérielle) de l'objet du renvoi (le second renvoi doit-il être déterminant ?). En outre, un renvoi peut potentiellement constituer un renvoi dynamique « caché ». Il peut donc être indiqué de régler explicitement la question du caractère déterminant et de la « statique » du renvoi figurant dans l'acte législatif fédéral.

Exemples :

- annexe 3 de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux (RS 812.213)
  « Droit applicable
  1 Droit européen
  Dans la présente ordonnance, lorsqu'il est fait référence à des dispositions du RDM-UE renvoyant elles-mêmes à l'un des règlements suivants de l'UE, la version ci-après s'applique : […]
  2 Droit suisse
  Dans la présente ordonnance, lorsqu'il est fait référence à des dispositions du RDM-UE renvoyant elles-mêmes à l'un des actes suivants de l'UE, le droit suisse ci-après est applicable en lieu et place dudit acte de l'UE :
  […] »

Principes applicables à l'élaboration de la législation

On appliquera les principes suivants : *742*

- On élaborera les lois et les ordonnances de manière à éviter les renvois, car ceux-ci en compliquent l'application. Par conséquent les actes législatifs doivent, dans la mesure du possible, être formulés dans leur intégralité. Ce principe vaut également pour la reprise du droit de l'UE dans le droit suisse.
- On évitera les doubles renvois (renvoi à un autre renvoi ou renvois « en chaîne »). Ils compliquent inutilement la lecture de l'acte.
- On n'introduira un renvoi que s'il simplifie substantiellement l'acte en évitant une répétition et s'il n'influence pas son intelligibilité.
- La norme de renvoi doit respecter les exigences posées par le principe de la légalité et tenir compte des conditions posées en matière de délégation de compétences législatives.
- Lorsqu'un renvoi est prévu, on examinera la conformité au droit de l'objet du renvoi.
- S'agissant de l'objet du renvoi et de la version de celui-ci, on formulera les renvois directs et statiques de manière à ce qu'il n'y ait ni confusion, ni ambiguïté possibles. Les références à l'objet du renvoi (par exemple s'il s'agit de règles techniques) et l'organe de publication officiel (par exemple le Journal officiel de l'Union européenne) doivent figurer dans une note de bas de page.
- L'objet du renvoi doit en principe être appliqué tel quel ; on s'abstiendra d'introduire dans la norme de renvoi des clauses du genre « le règlement X est applicable par analogie ».

En cas de renvoi indirect, il convient en premier lieu de renvoyer à un standard (par exemple à « des règles techniques et scientifiques »). On peut encore ajouter par exemple quelles normes sont l'expression de ce standard. Au moment de formuler la norme de renvoi, on l'indiquera clairement en ajoutant par exemple « en particulier » ou « en règle générale ». *743*

Exemples :

- art. 7 al. 1, de l'ordonnance sur l'accréditation et la désignation(RS 946.512) : « Le requérant doit répondre aux critères internationaux pertinents, tels qu'ils sont notamment définis dans les normes et principes figurant dans l'annexe 2. ».
- art. 55 al. 2 de l'ordonnance concernant les exigences techniques requises pour les véhicules routiers (RS 741.41): « Les compteurs doivent être conformes à l'état de la technique, tel qu'il est notamment décrit dans le règlement CEE-ONU no 39. La vitesse indiquée par le compteur ne doit jamais être inférieure à la vitesse effective du véhicule. […] ».

744 Les aspects de technique législative relatifs aux renvois sont traités dans les DTL (voir ch. 96 ss DTL).

13 Normes de procédure

Introduction

745 Les paragraphes qui suivent visent à aider les légistes à intégrer des normes de procédure dans des actes législatifs autres que les codes de procédure (v. *ch. 746*). Il faut à chaque fois s'interroger sur la nécessité de telles dispositions, avant de décider si elles ont leur place dans le nouvel acte directement ou dans un des codes de procédure. Concernant le contenu et la systématique, il importe de préserver la cohérence du système, établie il y a une vingtaine d'années grâce à la réforme de la justice, et de se conformer aux buts de cette dernière, qui restent valables. Il s'agit notamment de la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.) et de l'harmonisation des procédures civiles et pénales. Afin de décharger le Tribunal fédéral, celui-ci ne statue que sur les affaires qui ont déjà été tranchées par un tribunal inférieur.

Faut-il intégrer des

Faut-il intégrer des normes de procédure dans une loi spéciale ?

746 La procédure devant les autorités administratives, les tribunaux cantonaux (en particulier les tribunaux civils et pénaux) et les tribunaux de la Confédération (Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral et Tribunal fédéral des brevets) est en principe entièrement régie par les dispositions générales de la procédure fédérale :

- loi fédérale de procédure administrative (PA ; RS 172.021),
- loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110),
- loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32),
- loi sur l'organisation des autorités pénales (LOAP ; RS 173.71),
- code de procédure civile (CPC ; RS 272),
- loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF ; RS 273),
- code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0),
- loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0),
- loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ).

747 Il ne convient de créer une norme de procédure dans une loi spéciale que si les dispositions générales de la procédure fédérale ne suffisent pas dans le domaine concerné et qu'un certain nombre de conditions, énumérées plus loin, sont remplies. On doit éviter les simples renvois aux codes de procédure, à moins qu'ils ne soient exceptionnellement indispensables à la compréhension.

748 Les compétences des autorités de recours sont réglées au niveau de la loi formelle. Il est par contre loisible, dans les limites de l'art. 47 LOGA, de conférer à une autorité administrative le pouvoir de trancher en première instance dans une

ordonnance.

Proscription de nouveaux tribunaux fédéraux

749 Les principaux tribunaux fédéraux sont le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral des brevets. Il existe aussi quelques commissions d'arbitrage (instances inférieures du Tribunal administratif fédéral, qui statuent dans les procédures par voie d'action), les commissions fédérales d'estimation, la Commission de recours interne des EPF, les tribunaux militaires et l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio et de télévision. Il ne faut pas, *a priori*, créer de nouvelles autorités judiciaires. En particulier, le Tribunal administratif fédéral doit rester « le tribunal administratif ordinaire de la Confédération » (art. 1, al. 1, LTAF). Cependant, s'il s'avère objectivement nécessaire de créer une procédure par voie d'action (v. *ch. 757*), il peut être justifié de créer une commission d'arbitrage pour ne pas le surcharger.

Principe de la double instance de recours

Principe

750 Après la décision de première instance, il doit y avoir une double instance de recours (art, 29*a* et 32, al. 3, Cst.). Le droit fédéral ne doit prévoir moins ou davantage de voies de droit que si des motifs particuliers le justifient.

751 Normalement, les décisions rendues par la première instance (tribunal administratif fédéral ou cantonal, tribunal régional, tribunal de district ou d'arrondissement) peuvent être attaquées devant un tribunal (tribunal cantonal, Tribunal administratif fédéral ou Tribunal pénal fédéral) qui précède immédiatement le Tribunal fédéral. Lorsque le recours au Tribunal fédéral est irrecevable contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral (art. 83 et 85 LTF), il n'y a pas de deuxième instance de recours. Si le Conseil fédéral statue en dernière instance (à savoir dans les cas prévus aux art. 72 ss PA), les voies de droit sont régies par l'art. 47, al. 1, let. a et d, PA.

Cas particuliers

Opposition

752 L'opposition (dirigée contre une décision, et non contre une demande ou un projet de construction) fait partie des voies de droit (v. art. 32, al. 2, let. a, LTAF). Elle vise à ce que l'autorité qui a statué en première instance reconsidère sa décision. Si une procédure d'opposition est prévue, l'autorité peut procéder à un examen moins détaillé et motiver plus succinctement sa décision, au profit de l'efficacité et de la célérité des procédures. Elle peut aussi renoncer à entendre les parties (art. 30, al. 2, let. b, PA). Les procédures d'opposition sont surtout usuelles dans le domaine des impôts et des assurances sociales, où les cas à traiter sont nombreux et où il est à la fois utile et faisable de réduire le temps de production de la

décision de première instance. Elles ne sont cependant pas limitées à ces domaines, du moment que les critères cités sont remplis. La nécessité de statuer très rapidement sans forcément entendre les personnes concernées suffit à justifier la procédure d'opposition, même si le nombre de cas n'est pas très grand.

Exemples

- art. 6, al. 2bis, de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ;
- art. 49, al. 1, de la loi fédérale sur l'alcool (LAlc ; RS 680) ;
- art. 59*b* de la loi sur les épizooties (LFE ; RS 916.40).

Recours à une autorité administrative

753 Les décisions qui relèvent de la juridiction matérielle du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 32, al. 1, LTAF peuvent faire l'objet d'un recours devant une autorité administrative. Pour éviter en ce cas qu'il y ait plus de deux instances de recours, il ne faut prescrire ce type de voie de droit que pour les domaines dans lesquels le recours au Tribunal fédéral est irrecevable.

754 Si la compétence de statuer a été déléguée à un organisme privé (art. 1, al. 2, let. e, PA), l'autorité fédérale compétente devra parfois ajouter à son rôle d'instance de recours des tâches de coordination et de surveillance. Toutefois, même dans ce cas, les voies de droit doivent être limitées à deux instances de recours. La LTAF prévoit donc, sur le principe, que les décisions des organismes extérieurs à l'administration sont directement attaquables devant le Tribunal administratif fédéral (art. 33, let. h, LTAF). Au lieu d'un recours à un office fédéral, on peut aussi prévoir, pour ne pas allonger indûment la procédure, que les organismes privés ne tranchent pas en cas de litige, mais transmettent l'affaire à l'office compétent.

Exemples :

- art. 40, al. 2, LAAM ;
- art. 61, al. 1, let. b, de la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr ; RS 412.10) ;
- art. 16, al. 2, let. b, LEne ; RS 734.0 ;
- art. 43*b*, al. 2, de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1).

Décisions de première instance du Tribunal fédéral, du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral ou d'une instance cantonale unique

755 Les cours des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral statuent toujours en première instance (art. 35 LOAP). Le champ de leur compétence juridictionnelle est délimité par les art. 23 ss CPP et repose sur des considérations de politique criminelle.

756 Au contraire, c'est à titre exceptionnel que le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et les instances cantonales uniques rendent des décisions de première instance. Ces dernières sont liées, pour les tribunaux fédéraux du moins, à

un travail bien plus important que les affaires dont ils sont saisis ordinairement.

757 En droit public, la procédure de recours contre une décision est plus efficace qu'une procédure par voie d'action. Les cas dans lesquels une action est possible devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral sont énumérés respectivement à l'art. 35 LTAF et à l'art. 120 LTF et ne devraient pas figurer dans des lois spéciales. Il faut une motivation particulière pour compléter l'art. 35 LTAF. Quant à l'art. 120 LTF, la genèse de cette norme rend quasiment tabou un complément futur.

758 En matière civile, les art. 5 à 8 du code de procédure civile (CPC ; RS 272) prévoient des instances cantonales uniques. Pour les raisons évoquées plus haut, il convient d'éviter de créer de nouveaux cas dans lesquels le droit fédéral impose une instance cantonale unique au sens de l'art. 75, al. 2, let. a, LTF.

Le Conseil fédéral comme première instance ou comme instance unique

759 Il n'est possible de conférer au Conseil fédéral le rôle de première instance ou d'instance unique (art. 78 PA) que dans des affaires ayant une composante politique marquée.

760 Les art. 6, par. 1, et 13 CEDH et l'art. 29*a* Cst. ne laissent guère de marge pour une instance unique gouvernementale. Si le droit supérieur permet la création de ce type d'attribution, celle-ci doit aussi figurer dans la liste d'exceptions de l'art. 32 LTAF (v. par exemple l'art. 32, al. 1, let. e, f et h, LTAF), faute de quoi la délégation automatique à un département prévue par l'art. 47, al. 6, LOGA s'applique.

761 Si le Conseil fédéral statue en première instance, mais non en instance unique, le domaine en question doit être cité à l'art. 33, let. b, LTAF, comme susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral.

Prescriptions de droit fédéral sur le nombre d'instances de recours cantonales

762 Les voies de droit au niveau cantonal doivent satisfaire aux exigences des art. 75, al. 2, 80, al. 2, 86, al. 2 et 3, 87, 88, al. 2, 110 à 112 et 114 LTF. Il n'est généralement pas nécessaire de fixer d'autres règles. Seuls des motifs impérieux peuvent le justifier, en considération de l'art. 46, al. 3, Cst.

Exemple :

- art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

Exclusion du recours au Tribunal fédéral

763 La liste actuelle des domaines dans lesquels le recours au Tribunal fédéral (que ce soit en matière civile, pénale ou de droit public) est irrecevable (art. 73, 79, 83, 84 LTF) ne répond pas à une logique parfaite. On peut les répartir dans quatre catégories :

- décisions fondées essentiellement et manifestement sur des considérations d'ordre politique – par exemple la politique extérieure et la sécurité intérieure ou extérieure ; dans ces affaires, le Conseil fédéral est la dernière instance (voir art. 72, let. a, PA ; art. 32, al. 1, let. a, LTAF) ;
- domaines dans lesquels les possibilités de contrôle sont *de facto* restreintes et où un double examen judiciaire n'apporterait pas grand-chose – par exemple les résultats d'examens et autres évaluations de capacité ; l'octroi de subventions auxquelles la législation ne donne pas droit ; la réception par type de véhicules ; les concessions en matière de radio-télévision qui ont fait l'objet d'un appel d'offres public ;
- affaires qui doivent être vite réglées et pour lesquelles il existe une possibilité de recours plus tard dans la procédure – par exemple les tarifs dans l'assurance maladie ; l'attribution d'organes ; l'assistance internationale ; les offres publiques d'acquisition au sens de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers ;
- domaines dans lesquels la procédure de recours est traditionnellement courte en raison du grand nombre de cas et de la marge de décision des autorités chargées de l'exécution – par exemple le domaine des étrangers et de l'asile ; le service militaire, le service civil et la protection civile ; le sursis de paiement et la remise de contributions.

764 Les exceptions ne doivent être étendues que pour des raisons absolument convaincantes, car elles restreignent la protection juridique et limitent l'harmonisation du droit fédéral. Elles doivent être évitées dans les domaines où les cas sont peu nombreux ou s'il s'agit principalement de simplifier le travail des autorités qui rendent les décisions. Il convient en outre d'être prudent avec l'argument de l'urgence : le Tribunal fédéral peut en tenir compte en priorisant les cas en question ou en refusant une éventuelle demande d'effet suspensif (v. art. 103 LTF ; le recours au Tribunal fédéral n'a en règle générale pas d'effet suspensif).

765 S'il faut intégrer une nouvelle exception à la compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral (notamment à l'art. 83 LTF), elle doit être formulée de manière à ce que l'on comprenne au moins à peu près de quelles décisions il s'agit, sans forcément consulter une autre loi. Un simple renvoi à une disposition d'une loi spéciale ne suffit pas (exemple à ne pas suivre : art. 83, let. p, ch. 2 et 3, LTF). Dans le cas de règles fédérales matérielles qui doivent être mises en œuvre par les cantons, les décisions de ces derniers doivent en règle générale pouvoir faire l'objet d'un recours au niveau fédéral, pour violation du droit fédéral. Le recours constitutionnel subsidiaire des art. 113 ss LTF ne suffit pas.

Instances précédant immédiatement le Tribunal fédéral

766 La LTF détermine les instances inférieures dont les décisions peuvent être directement attaquées devant le Tribunal fédéral aux art. 75, 77, 80 et 86 à 88. Sauf quelques exceptions – droits populaires (art. 88, al. 1, let. b, et 2, LTF ; v. ATF 134 I 199 cons. 1.2), décisions cantonales revêtant un caractère politique prépondérant (art. 86, al. 3, LTF) –, le Tribunal fédéral n'a que des tribunaux comme instances précédentes. Ainsi, l'affaire a été examinée tant au fond qu'en droit par une autorité indépendante. En principe, le Tribunal fédéral ne juge que la conformité au droit.

767 Mises à part les rares exceptions citées, le Conseil fédéral et les autorités administratives ne peuvent pas statuer immédiatement avant le Tribunal fédéral. Pour garantir le passage obligé devant des tribunaux supérieurs, il ne faut plus désigner des commissions fédérales ou des autorités judiciaires inférieures des cantons comme instances précédentes du Tribunal fédéral (v. art. 86, al. 2 *in fine*, LTF).

Recours au Tribunal administratif fédéral contre des décisions cantonales

768 Les décisions rendues au niveau cantonal ne peuvent être attaquées devant le Tribunal administratif fédéral que si une loi fédérale spéciale le prévoit (art. 33, let. i, LTAF). L'instauration de ce type de recours doit rester exceptionnelle. Normalement, les décisions cantonales sont susceptibles de recours devant un tribunal cantonal de deuxième instance, puis devant le Tribunal fédéral.

Exemple :

- art. 53 LAMal (RS 832.10).

Qualité pour recourir, droit de recours

769 Tant en droit civil qu'en droit pénal, le droit de recourir est réglé de manière exhaustive par le CPC, le CPP, la DPA et la LTF.

770 En droit public, par contre, l'art. 48, al. 2, PA et l'art. 89, al. 2, let. d, LTF laissent la possibilité de régler les voies de droit dans des lois spéciales, ce qui a des répercussions sur la qualité de partie dans la procédure de première instance (art. 6 PA, art. 111, al. 1, LTF). Il peut être indiqué de créer une nouvelle voie de droit lorsque des décisions susceptibles de porter atteinte à des intérêts publics ne sont généralement pas contestées par les parties qui font habituellement recours (par exemple dans le domaine de l'environnement) ou si une autorité fédérale décentralisée (art. 2, al. 3, LOGA) a besoin d'un droit de recours pour remplir ses tâches de mise en œuvre et de surveillance. Lorsque le législateur institue des autorités de première instance indépendantes (en particulier des commissions décisionnelles), il devrait logiquement leur accorder également la qualité pour recourir.

Exemples :

- droit de recours des organisations au sens de l'art. 28 de la loi sur le génie génétique (LGG ; RS 814.91) ;
- art. 21 de la loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20) ;
- art. 54, al. 2, de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) ;
- art. 108, al. 1, let. i et j, de la loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAr ; RS 935.51).

771 Les droits de recours prévus par la LTF et la PA ne doivent pas être limités par des lois spéciales. La simple délégation d'un droit de recours du département à une unité administrative qui lui est subordonnée peut se faire par voie d'ordonnance, conformément à l'art. 89, al. 2, let. a, LTF.

Définition de l'objet du recours (décisions ; décisions préjudicielles, incidentes, partielles, finales)

772 Les types de décisions susceptibles de recours sont définis dans les dispositions générales de la procédure fédérale ; les termes doivent être utilisés rigoureusement dans la même acception dans les lois spéciales.

773 Les définitions se trouvent aux art. 5, 25*a*, 45 et 46 PA, et aux art. 90 à 93 LTF. Toute restriction des voies de droit doit prendre la forme d'une limitation de la compétence matérielle ; il n'est pas possible de limiter les définitions des types de décision. En principe, il est également interdit de soumettre le recours contre des décisions préjudicielles et incidentes à des conditions particulières à un domaine du droit.

774 S'il y a hésitation sur la qualification d'un acte (par exemple, s'agit-il d'une décision ou d'une décision incidente qui peut causer un préjudice irréparable ?), la loi spéciale peut la préciser. Pour autant qu'une protection juridictionnelle s'avère nécessaire, le législateur peut aussi ordonner que telle question ou tel acte matériel fait l'objet d'une décision (sujette à recours), sans référence aux conditions de l'art. 5 PA.

Exemples :

- art. 25*a* de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ;
- art. 53 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1)
- art. 40, al. 1, let. d et e, de la loi sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101).

Motifs de recours

775 La LTF règle les motifs de recours (et par conséquent le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral) aux art. 95, 96, 97, al. 1, et 98 pour le recours unifié, à l'art. 116 pour le recours constitutionnel et à l'art. 77, al. 1 et 2, pour le recours en matière civile contre les décisions de tribunaux arbitraux. (Citons pour mémoire le pouvoir d'examen des faits illimité sur les décisions concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire [LTF: art 97, al. 2] : il s'agit d'un corps étranger qui sera éliminé à la prochaine occasion.)

776 Pour ce qui est du recours au Tribunal administratif fédéral, les motifs sont cités à l'art. 49 PA (v. art. 37 LTAF). On constatera que l'inopportunité compte au nombre des griefs possibles, si ce n'est pas une décision sur recours d'une autorité cantonale qui est attaquée. En effet, lors de la création du Tribunal administratif fédéral, le législateur a attribué à ce dernier le plein pouvoir d'examen que possédaient les commissions de recours qu'il remplaçait. Il voulait éviter, comme l'explique le message, de restreindre la protection juridictionnelle.

777 Les motifs de recours de la LTF ne doivent normalement être modifiés ni dans la LTF elle-même, ni au travers d'une loi spéciale. Il en va de même pour la PA. Toutefois, plusieurs lois spéciales excluent le grief de l'inopportunité.

778 Exemples :

- art. 56, al. 3, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 32, al. 3, de la loi sur le cinéma (LCin ; RS 443.1) ;
- art. 50, al. 2, de la loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH ; RS 810.30).

Délais de recours

779 Au niveau fédéral, le délai de recours ordinaire est en principe de 30 jours, que ce soit pour les décisions finales ou pour les décisions incidentes (art. 100, al. 1, et 101 LTF ; art. 50, al. 1, PA ; art. 311, al. 1, et 321, al. 1, CPC ; art. 67, al. 1, DPA). Pour la sécurité du droit, il est indiqué de prévoir aussi peu d'exceptions que possible.

780 Des délais plus courts (pour accélérer la procédure) ne sont admissibles que s'il est évident, étant donné la nature de l'objet de la procédure, que l'autorité doit décider très rapidement par la suite – ou bien, vu autrement, que le temps gagné représente une proportion non négligeable de la durée totale de la procédure. On peut aussi envisager des délais plus courts si le sujet de droit peut déposer son recours sans avoir à rédiger un mémoire. Dès lors qu'ils dérogent à la règle générale, les délais plus courts doivent être expressément prévus dans des lois spéciales.

Exemples :

- art. 64*a*, al. 2, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ;
- art. 56, al. 1, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 100, al. 2 à 4, de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) ;
- art. 354 du code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0).

En ce qui concerne le délai pour déposer un recours au Tribunal fédéral, les lois spéciales ne doivent pas s'écarter de la LTF. *781*

Effet suspensif, mesures provisionnelles

Il n'est en général pas nécessaire d'édicter des dispositions spéciales sur l'effet suspensif des recours et sur les mesures provisionnelles dans les procédures en cours. *782*

Les règles des codes de procédure laissent en général assez de marge à l'autorité qui mène la procédure pour jouer de ces deux instruments. Les décisions en la matière impliquent le plus souvent une pesée des intérêts en l'espèce. *783*

La loi peut prévoir, dans des circonstances particulières, que les procédures de recours visées par la PA n'ont pas d'effet suspensif (v. art. 55, al. 5, PA). Elle doit alors préciser si l'effet suspensif est totalement exclu ou si l'instance de recours peut en décider autrement en l'espèce. *784*

Exemples :

- art. 74, al. 2, de la loi sur le droit d'auteur (LDA ; RS 231.1) ;
- art. 54 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 93, al. 5, de la loi sur la TVA (LTVA ; RS 641.20) : exclusion de l'effet suspensif, sans la précision mentionnée au-dessus.

Conformément à son libellé et à sa systématique, l'art. 56 PA sur les mesures provisionnelles s'adresse aux instances de recours. Selon la pratique du Tribunal fédéral, cette disposition peut également être appliquée par analogie dans certaines procédures de première instance, par exemple dans le droit des cartels (ATF 130 II 149, consid. 2.1). Reste à savoir si elle peut être étendue de manière générale aux autres domaines. Relevons que la doctrine considère qu'une application par analogie doit être rejetée lorsque la réglementation est exhaustive, ce qui doit être déterminé par interprétation. *785*

Les mesures provisionnelles qualifiées de décisions finales au sens de l'art. 90 LTF (c'est-à-dire qui ne sont pas prises seulement pour la durée de la procédure, jusqu'à la décision sur le fond) doivent s'appuyer sur une base légale, qu'il faut éventuellement créer. *786*

Exemples

- art. 23, al. 3, de la loi sur les installations à câbles (LICa ; RS 743.01) ;
- art. 26 LB (RS 952.0).

Délais de traitement

787 L'art. 29, al. 1, Cst. consacre le droit de voir sa cause traitée dans un délai raisonnable, dans une procédure judiciaire ou administrative. Pour que les procédures soient rapides et efficaces, l'autorité responsable doit disposer de ressources humaines et techniques importantes et la personne qui dirige la procédure doit la mener de manière avisée et prévoyante, se concentrer sur les questions juridiques importantes et anticiper les tactiques des parties.

788 Il n'est généralement pas indiqué de fixer des délais de traitement dans la loi, car les cas de figure peuvent être très différents. De plus, le dépassement des délais n'est pas sanctionné par des conséquences juridiques efficaces.

789 Il peut être exceptionnellement utile de le faire si des intérêts supérieurs commandent de limiter la durée de la procédure, notamment pour préserver des droits fondamentaux.

Exemple :

- art. 80, al. 2, LEI (RS 142.20).

Coordination de la procédure

790 Si plusieurs autorités doivent rendre une décision sur des points liés entre eux, il faut faire attention à ce que les dispositions de procédure permettent une application coordonnée du droit.

791 L'obligation de coordonner des procédures s'est surtout développée dans les domaines de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (voir ATF 137 II 182, cons. 3.7.4.1). Il importe toutefois d'y veiller aussi dans d'autres domaines, dès lors qu'une situation similaire se présente. Cela peut être le cas par exemple lorsque des procédures de sanctions administratives et des procédures pénales doivent être menées en parallèle, chacune étant régie par des règles et des maximes de procédure différentes (voir FF 2022 776, ch. 5.9.2).

792 Il convient de garantir au minimum que les autorités de première instance puissent se coordonner entre elles sur les plans matériel et procédural. En d'autres termes, il ne faut pas que l'une d'elle soit soumise à des règles de procédure particulières (par exemple opposition, délais particuliers) qui ne s'appliquent pas à l'autre. En outre, les voies de droit contre les décisions de ces autorités doivent, aussi rapidement que possible, mener la personne concernée devant une même instance de recours – pour des autorités fédérales, le Tribunal administratif fédéral – et rester réunies jusqu'à la dernière instance. S'il est à prévoir que des décisions devront souvent être coordonnées dans un certain domaine, il est recommandé de

confier la coordination à l'une des autorités administratives concernées, en élaborant une norme adéquate.

Exemple :

- art. 25*a* de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

À moins que les compétences attribuées aux cantons par la Cst. ne s'y opposent, le législateur fédéral peut ordonner que toutes les autorisations requises pour une activité ou une installation d'une catégorie précise (y compris les oppositions contre les expropriations) soient réunies dans une décision unique (concession, approbation de plan, autorisation) au terme d'une procédure unique aussi. L'autorité qui rend la décision doit consulter les autres autorités spécialisées avant de trancher (art. 62*a* LOGA). *793*

Exemples :

- art. 26, al. 2, 28, al. 1, de la loi fédérale sur les routes nationales (LRN ; RS 725.11) ;
- art. 49, al. 2, et 57 de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 732.1).

Prescriptions de forme en droit public de la Confédération

En général

De nombreux actes législatifs fédéraux contiennent des prescriptions de forme, telles que la forme écrite ou la signature. Faciles à comprendre dans le langage courant, ces notions ont toutefois plusieurs significations possibles dans le contexte juridique. Dans le droit public de la Confédération, il n'existe pas de définition légale de la forme écrite, d'où une certaine flexibilité. *794*

Sur le plan conceptuel, on peut dire de manière générale que des expressions telles que « par écrit » ne permettent pas de conclure automatiquement à la « forme écrite simple » du code des obligations (voir les art. 13 et 14, al. 2bis, CO). Souvent, elles signifient simplement que la forme orale ou les déclarations tacites sont exclues. C'est l'interprétation qui permet de déterminer si une signature (manuscrite ou électronique) est nécessaire. La question de l'objectif de la norme est souvent déterminante à cet égard. Les prescriptions de forme visent notamment à fixer les informations, à protéger l'intégrité et l'authenticité des documents et à empêcher les décisions hâtives. Les exigences concrètes et les mesures de protection varient en fonction du cas d'application.

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit public de la Confédération du 19 septembre 2023 contient de plus amples informations (disponible sur www.ofj.admin.ch > État et citoyen > Instruments de légistique).

Élaboration des prescriptions de forme

795 La numérisation soulève régulièrement la question de la modification de prescriptions de forme existantes. Une modification du droit ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'avère, moyennant une interprétation, qu'une prescription de forme empêche une gestion efficace des affaires, notamment si elle fait obstacle à des processus numériques de bout en bout.

Des modifications juridiques sont en particulier nécessaires lorsqu'il s'agit de déroger à des prescriptions générales telles que l'exigence de la forme écrite pour les décisions de première instance (art. 34, al. 1, PA). Des prescriptions de forme prévues par des lois spéciales peuvent également être nécessaires lorsqu'aucune prescription générale n'est applicable. Sur la possibilité d'édicter des ordonnances, voir le chapitre 12.

Le choix de la prescription de forme doit découler d'une évaluation des risques et des avantages, car le niveau de protection requis varie en fonction du cas d'application. En particulier, il n'est pas nécessaire d'apposer une signature manuscrite pour chaque requête ou pour chaque transaction. Des expressions telles que « par écrit » peuvent et doivent continuer à être utilisées. Il est important que les objectifs poursuivis par la prescription de forme soient décrits dans les travaux préparatoires. En revanche, il convient d'éviter d'utiliser la formulation « moyen permettant d'établir la preuve de la convention / du … par un texte », que l'on rencontre de manière isolée.

Exemples :

- Art. 6, 11, 13 et annexe 1 de l'ordonnance sur les mouvements de déchets (OMoD, RS 814.610)
- Art. 6 de l'ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives (OCEI-PA, RS 172.021.2)
- Art. 7, al. 1, de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31)

796 Lors de l'élaboration des prescriptions de forme, les autorités doivent impérativement veiller à ce que l'accès à leurs services respecte les principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. En tout cas, dans les contacts avec la population en général, l'utilisation des canaux électroniques ne devrait pas être sans alternative à l'heure actuelle. Ces derniers temps, différentes approches réglementaires ou de nouvelles solutions techniques ont vu le jour qui peuvent remplacer les signatures électroniques selon la loi sur la signature électronique (SCSE, RS 943.03). Dans ce contexte, les technologies telles que les plateformes des autorités offrent, dans certaines circonstances, la possibilité de vérifier de manière automatisée le respect des prescriptions de forme dès le moment de la transmission. Afin d'éviter des exigences excessives en matière de forme, il convient bien entendu d'envisager des garanties de procédure. Si nécessaire, il faut proposer

aux destinataires plusieurs formes de communication possibles avec des profils d'exigences différents (p. ex. transmission de données structurées soit au moyen de formulaires en ligne à remplir manuellement, soit au moyen d'interfaces machine-machine).

Exemples :

- Art. 20, al. 1, et 22, al. 2, du projet de loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine de la justice (LPCJ), FF 2023 680
- Art. 75, al. 1, du projet de loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF (LE-OFDF, FF 2022 2725)

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit public de la Confédération contient de plus amples informations et davantage d'exemples (voir l'adresse au ch. 1).

Obligation d'utiliser un formulaire

797 Un formulaire est un document officiel invitant à répondre à certaines questions ou à fournir certaines informations. Considéré comme une incarnation de l'activité administrative bureaucratisée, on le rencontre régulièrement au début de procédures dites de masse (par ex. sous la forme de formulaires de demande). Il permet un dialogue écrit standardisé entre les destinataires et l'autorité. Les formulaires peuvent notamment être imprimés, électroniques (par ex. des fichiers PDF) ou prendre la forme de masques de saisie en ligne.

L'obligation d'utiliser un formulaire peut être considérée comme une prescription de forme particulière. La question de savoir si une telle obligation nécessite une base légale spécifique n'est pas entièrement résolue. Afin d'éviter tout doute inutile lié à l'application du droit, il est conseillé d'inscrire l'obligation d'utiliser un formulaire dans les lois spéciales.

Exemples :

- Annexe 2a de l'ordonnance Ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC ; RS 741.51)
- Annexe 2 de l'ordonnance relative aux règles d'origine régissant l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (OROPD ; RS 946.39).

798 La conséquence juridique en cas de retard devrait également être inscrite dans la loi si la règle générale de l'art. 13, al. 2, PA n'est pas applicable ou si des dérogations à cette règle s'imposent pour de justes motifs (voir par ex. les art. 29 et 43, al. 3, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]).

Dans tous les cas, un formulaire émis par l'administration et devant être rempli par les parties doit se limiter aux contenus requis par le droit applicable.

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit

public de la Confédération contient de plus amples informations (voir l’adresse au ch. 1).

14 Protection des données personnelles

Bases juridiques

Droit fondamental

L'art. 13, al. 2, Cst. consacre le droit à l'autodétermination informationnelle. Selon la jurisprudence et la doctrine, cet article ne protège pas uniquement l'individu contre « l'emploi abusif » des données qui le concernent, mais il couvre toute intervention de l'État touchant des données personnelles (par exemple leur collecte, leur traitement, leur conservation ou leur transmission ; voir ATF 138 II 346, cons. 8.2 en allemand ou ATF 140 I 381, cons. 4.1 en français). Le traitement de données personnelles doit donc satisfaire aux conditions générales applicables en cas de restriction des droits fondamentaux (v. *ch.667*). On doit donc veiller au respect de ces conditions lorsque l'on élabore un acte normatif réglant ou entraînant un traitement de données personnelles. *799*

Partage constitutionnel des compétences

La Constitution ne contient aucune disposition qui habilite expressément la Confédération à légiférer en matière de protection des données. Celle-ci ne peut donc adopter des dispositions de protection des données que sur la base des dispositions constitutionnelles qui lui confèrent une compétence législative dans un domaine donné. *800*

Exemple :

- La nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) qui remplace la loi fédérale sur la protection des données de 1992 (aLPD) régit le traitement de données par des particuliers et par des organes fédéraux (voir le guide de législation en matière de protection des données, d'août 2022 disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la justice, instruments de légistique). Cette loi se fonde sur la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil (art. 122 Cst.) de même que sur celle de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées (art. 95 Cst.) et sur la protection des consommateurs (art. 97, al. 1, Cst.). Dans le domaine du droit public, le législateur fédéral s'est appuyé sur le pouvoir d'organisation de la Confédération (compétence implicite au sens de l'art. 173, al. 2, Cst.) pour édicter des dispositions de protection des données applicables aux autorités et aux organisations ou personnes extérieures à l'administration fédérale auxquelles des tâches administratives sont conférées (FF 2017 6565, 6797).

801 Il incombe aux cantons de légiférer sur la protection des données dans leurs domaines de compétences. C'est le cas lorsque les données sont traitées par des autorités cantonales et communales, même si ces dernières ont obtenu ces données d'un organe fédéral par exemple dans le cadre d'une entraide administrative ou au moyen d'un accès en ligne à une banque de données fédérale (FF 2003 1915, 1919).

802 Certains domaines relevant de la compétence de la Confédération sont soumis à une réglementation spécifique en matière de protection des données. En effet, lorsque la Constitution attribue à la Confédération la compétence de légiférer dans un certain domaine, le législateur fédéral peut être amené à adopter des dispositions de protection des données, qui s'appliquent également aux autorités cantonales chargées d'exécuter le droit fédéral, par exemple en matière d'assurances sociales. Toutefois, même là, la Confédération doit éviter d'empiéter sur les compétences cantonales en matière d'organisation (art. 47 Cst.; FF 2017 6565, 6797-6798). Une solution peut dès lors consister à prévoir un renvoi à la législation fédérale sur la protection des données et à la législation cantonale.

Exemples :

- En ce qui concerne les données collectées dans le cadre d'une procédure pénale ou de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, sont applicables au droit d'accès aux données après la clôture de la procédure : la LPD si l'autorité saisie de la demande d'entraide judiciaire est une autorité fédérale, ou le droit cantonal si cette autorité est une autorité cantonale (art. 10, al. 1, let. b de la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, (LSCPT, RS 780.1, tel que modifié par la LPD).
- Dans l'ensemble du domaine des assurances sociales, des normes spécifiques de protection des données s'appliquent (par exemple art. 49*b* LAVS, RS 831.1) ;
- La législation fédérale sur la protection des données s'applique au traitement et à la communication de données personnelles en exécution de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120).

803 Lorsqu'un organe fédéral et des organes cantonaux traitent conjointement des données personnelles, le Conseil fédéral est chargé de régler les procédures de contrôle et les responsabilités en la matière de protection des données (art. 33 LPD) ;

Portée de la loi sur la protection des données (LPD)

La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques faisant l'objet d'un traitement de données personnelles par des personnes privées ou des organes fédéraux (art. 1 et 2 LPD). *804*

Les conséquences de la loi sur la protection des données sur l'élaboration de bases légales sont présentées dans le « Guide de législation en matière de protection des données», publié depuis fin août 2022 à la page «Instruments de légistique» du site Internet de l'OFJ. Elles sont détaillées dans le document intitulé Révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) - Aperçu des principales modifications en vue de l'élaboration des bases légales concernant le traitement de données par les organes fédéraux (également disponible sous le lien susmentionné Instruments de légistique) .

Si un organe fédéral envisage de traiter des données qui ne contiennent aucune information qui se rapporte à une personne physique identifiée ou identifiable, les exigences de la LPD ne sont pas applicables. En revanche, le champ d'application de la LPD ne comprend pas les données sur personnes morales, leur traitement est réglé aux art. 57r-57t de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) tels qu'introduits par l'annexe 1/II de la LPD. L'art. 57r LOGA constitue une base légale générale directement applicable pour le traitement des données de personnes morales. Si certaines conditions sont réunies, il n'est pas nécessaire d'élaborer une base légale spéciale. En revanche, la communication de données concernant des personnes morales requiert une base légale spéciale (art. 57s LOGA).

La LPD fixe les principes à respecter lors du traitement de données personnelles : *805*

- un organe fédéral n'est en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale (art. 34, al. 1, al. 1, LPD) ;
- une base légale au niveau d'une loi au sens formel est en principe exigée s'il s'agit de données sensibles, de profilages ou si la finalité ou le mode du traitement est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée (art. 34, al. 2, LPD). Une exception à interpréter restrictivement figure à l'art. 34, al. 3, LPD ;
- tout traitement de données personnelles doit être conforme aux principes de licéité, de la bonne foi, de la reconnaissabilité, de la proportionnalité qui englobe le principe de minimisation, de la finalité et de l'exactitude (art. 6 LPD). Les responsables du traitement doivent assurer une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru (art. 8 LPD et art. 1 à 6 de la nouvelle ordonnance sur la protection des données, OPDo, RS 235.11).
- La LPD introduit les principes de protection des données dès la conception et par défaut (art. 7 LPD) qui découlent partiellement du principe de sécurité des données (art. 8 LPD) et de celui de la proportionnalité.

806 En l’absence de règlementation dans une loi spéciale, ce sont les dispositions de la LPD qui s’appliquent. Le législateur peut s’écarter de certains principes de la LPD dans des bases légales spécifiques qui règlent des domaines particuliers. Il doit cependant respecter les exigences constitutionnelles que la LPD met en œuvre ainsi que le droit international, en particulier la Convention 108 + du Conseil de l'Europe et la directive (UE) 2016/680 concernant la protection des données en matière pénale, qui relève de de l'acquis de Schengen. Il devrait aussi tenir compte du Règlement général sur la protection des données de l'Union européenne dans la perspective du maintien de la décision d'adéquation.

807 Au sens de l'art. 5 LPD, on entend par :

- données personnelles : toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable ;
- données sensibles : les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, les données sur la santé, la sphère intime ou l’origine raciale ou ethnique, les données génétiques, les données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque, les données sur les poursuites ou sanctions pénales et administratives, les données sur des mesures d’aide sociale (cette définition est exhaustive) ;
- profilage : une forme particulière de traitement automatisé qui consiste à utiliser des données personnelles pour évaluer de manière automatisée certains aspects personnels d'une personne physique. Cette notion remplace la notion de profil de la personnalité mais s'en distingue. Le profilage vise à analyser ou à prédire grâce à des algorithmes des éléments concernant par exemple le rendement au travail, la santé, le comportement, la localisation ou les déplacements d’une personne physique (voir aussi FAQ Droit de la protection des données, OFJ, septembre 2023).

808 Lorsqu’un organe fédéral gère des systèmes électroniques permettant d'assurer le bon déroulement de ses processus opérationnels et de gérer des documents, l’art. 57*h* LOGA tel que modifié par l’annexe 1/II de la LPD peut constituer la base légale applicable. Une réglementation spéciale est dès lors superflue si les dispositions de la LOGA et l'ordonnance Gever (RS 172.010.441) peuvent fournir une base juridique suffisamment précise pour l'utilisation du système en question. En revanche, s'il ne s'agit pas de processus tout à fait banaux, cela signifie vraisemblablement que le traitement des données en tant que tel doit déjà être suffisamment réglementé dans le domaine juridique concerné.

Exigences relatives aux bases légales

Niveau et densité des normes

809 - Niveau normatif : une base légale prévue par une loi au sens formel est nécessaire (art. 36, al. 1, Cst., art. 34, al. 2 et 36, al. 1, LPD) en cas d’atteinte grave au droit à l’autodétermination informationnelle (art. 13, al. 2, Cst.).

- Densité normative : le degré de précision doit être proportionné à la gravité de l'atteinte au droit fondamental. Les critères suivants sont particulièrement déterminants : le type de données, le mode et la finalité du traitement, le nombre et le cercle de personnes concernées, l'éventuelle association d'autres entités au traitement des données (organes fédéraux, organes cantonaux ou bureaux privés) ou le recours à de nouvelles technologies. En ce qui concerne les traitements de données personnelles qui constituent une atteinte grave au droit à l'autodétermination informationnelle au sens de l'art. 34, al. 2, LPD, les exigences décrites au ch. 813 sont applicables.

Traitement des données personnelles

Un organe fédéral n'est en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale (art. 5, al. 1, Cst. ; art. 34, al. 1, LPD). *810*

Une telle base légale doit en règle générale répondre aux questions suivantes :

- Quelles données sont traitées, par qui et dans quel but ? (qui, pourquoi, quoi, comment)

Traitement de données sensibles, profilage ou autres atteintes graves aux droits fondamentaux de la personne concernée

Une base légale doit être prévue dans une loi formelle pour le traitement de données sensibles, le profilage ou lorsque la finalité ou le mode de traitement des données personnelles est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée (art. 34, al. 2, LPD). Cette loi doit régler en particulier les points suivants : *811*

- Qui – l'identité responsable du traitement *:* la disposition légale doit indiquer les autorités habilitées à traiter les données personnelles (voir aussi à ce sujet l'art. 33 LPD et le ch. 802). Cette indication permet notamment à la personne concernée de savoir quelle est l'autorité responsable du respect des principes de protection des données et auprès de qui elle peut faire valoir ses droits, en particulier son droit d'accès (art. 25 ss LPD). *812*

Exemple :

  - L'art. 2 de la loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport (LSIS, RS 415.1) désigne les autorités qui sont habilitées à traiter des données.

- Pourquoi - la finalité du traitement : en vertu du principe de proportionnalité, les responsables ne peuvent traiter que les données personnelles qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches. La finalité du traitement définit ainsi quelles données personnelles peuvent être collectées. Cette finalité doit être clairement circonscrite, en particulier lorsqu'elle est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Il est *813*

en outre important que la finalité du traitement soit transparente pour la personne concernée.

Exemple :

- L'art. 2 de la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO, RS 818.33) définit sous le titre «But» les motifs permettant la collecte, l'enregistrement et l'évaluation de données relatives aux maladies oncologiques.

814 • Quoi - les catégories de données sensibles et celles faisant l'objet d'un profilage, ainsi que les données personnelles dont la finalité du traitement ou son mode sont susceptibles de porter une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne concernée : afin de garantir le principe de la légalité, la disposition légale doit définir les données personnelles que les organes fédéraux sont en droit de traiter au sens de l'art. 34, al. 2, LPD. Il convient à cet effet d'établir des catégories. Pour permettre le traitement de données sensibles, la disposition légale doit énumérer au moins une des catégories de données figurant à l'art. 5, let. c, LPD. Il est aussi possible d'établir des sous-catégories. En matière de données sur la santé par exemple, il y a lieu de préciser que le traitement ne portera que sur des données concernant des maladies oncologiques. Le principe de la finalité s'en trouve ainsi renforcé. Plus le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé, plus le degré de précision doit être élevé. En rédigeant les dispositions légales, le législateur doit avoir pour objectif d'assurer la transparence du traitement à l'égard des personnes concernées.

Exemple :

- L'art. 3 de la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO, RS 818.33) prévoit quelles catégories de données les médecins, les hôpitaux et les autres institutions privées ou publiques du système de santé qui diagnostiquent ou traitent une maladie oncologique collectent et déclarent.

815 • *Comment – le mode du traitement des données :* par mode de traitement des données, on entend par exemple les méthodes telles que la mise en relation ou le rapprochement de données, y compris le profilage. Ces méthodes doivent être décrites dans la disposition légale. Plus le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé, plus le degré de précision doit être élevé. En cas d'atteinte grave aux droits fondamentaux, la durée de conservation des données doit également être fixée. Le recours à de nouvelles technologies est également un aspect du mode de traitement et doit être précisé. Lorsque cela est possible, la disposition légale doit spécifier l'«architecture de traitement des données», notamment les finalités et la logique du traitement ainsi que le flux des données et l'accès à celles-ci. Cela revêt une importance particulière lors

de l'utilisation de nouvelles architectures. Même lors de la dissolution de structures de données classiques, il doit être à tout moment possible de reconnaître quelles données ont été traitées, par qui, pour accomplir quelles tâches et dans quel but. La «relation à la tâche» de tout traitement de données doit par conséquent également être établie dans les structures de type horizontal.

Exemple :

- L'art. 32 de l'ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC, RS 172.220.111.4) décrit la structure du système d'information pour la gestion des données du personnel (IGDP).

Communication en tant que forme particulière du traitement

Objet de la règlementation

816 La communication est une forme particulière du traitement de données (art. 5, let. d et e, LPD), soumise à des règles spécifiques (art. 36 LPD). La communication des données par les organes fédéraux nécessite une base légale spécifique (une délégation générale de compétence n'est pas suffisante). Les exigences relatives à cette base légale sont similaires à celles concernant les autres formes de traitement des données (l'art. 36, al. 1, LPD renvoie à l'art. 34, al. 1 à 3, LPD).

817 La loi formelle qui règle la communication de données personnelles doit également définir en particulier les points suivants :

- Qui – les autorités responsables de la communication des données ;
- Pourquoi – la finalité de la communication des données ;
- Quoi – les catégories de données concernées ;
- À qui – les destinataires des données : voir à ce sujet les ch. *815* ss. Une communication des données à l'étranger n'est possible que si les conditions des art. 8 ss LPD sont remplies (voir à ce sujet le ch. *838* ss).

Exemple :

- Les art. 48a ss de l'ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2) règlent la divulgation d'office des données personnelles. On y trouve entre autres des dispositions relatives à la divulgation aux autorités étrangères (art. 54 OEC) et à celle des avis de décès aux représentations étrangères (art. 55 OEC).
- Comment – le mode de communication des données.

818 Les différents modes de communication reposant sur une base légale réglant la communication de données personnelles doivent faire l'objet d'une évaluation de la proportionnalité. Il s'agit de déterminer ici de quelle manière la communication de données porte atteinte aux droits fondamentaux, en prenant en compte notamment la finalité de la communication, la nature des données et le cercle des personnes informées. Ainsi, lorsque, dans un cas d'espèce, un échange sur demande

et selon la libre appréciation de l'autorité sollicitée suffit à atteindre les buts voulus par la loi en matière de coopération entre deux autorités, on ne prévoit pas de mode de communication plus large. Il ne faut prévoir une procédure d'appel que lorsqu'elle est indispensable à l'accomplissement des tâches des autorités.

819 En outre, l'étendue de la communication doit respecter le principe de la proportionnalité. Seules les données nécessaires aux destinataires peuvent être communiquées. À ce titre, il y a lieu de tenir compte en particulier de la finalité de la communication.

La transparence de la communication doit être garantie à l'égard des personnes concernées. Ces dernières doivent être en mesure de savoir à qui leurs données personnelles peuvent être transmises et dans quel but.

Exemple :

- Dans le domaine de l'AVS, les autorités compétentes peuvent communiquer dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, des données personnelles aux autorités compétentes en matière d'aide sociale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, en exiger la restitution ou prévenir des versements indus (art. 50*a*, al. 1, let. e, ch. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS ; RS 831.10).

Mode de communication

820 Le mode de communication des données doit être établi dans une loi ou une ordonnance. On distingue généralement quatre différents modes d'échange de données personnelles (LeGes 2012/3, p. 389) :

821 • La communication obligatoire (d'office ou sur demande) : l'autorité est tenue, au cas par cas, de communiquer des données personnelles au destinataire. Elle n'a pas de liberté d'appréciation. La communication obligatoire est effectuée d'office ou sur demande écrite. Le légiste met en évidence le caractère obligatoire de la communication en recourant à une formulation du type « … communique … à … ». Pour éviter toute insécurité juridique, il précise également si l'autorité est tenue de communiquer des données personnelles uniquement sur demande ou également d'office.

Exemples :

- dans le domaine du droit d'asile, le SEM est tenu de transmettre d'office aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations et moyens de preuve concernant un requérant fortement soupçonné d'avoir violé le droit international public (art. 98*a* LAsi, RS 142.31) ;
- dans le domaine de l'impôt fédéral direct, les autorités fédérales et les autorités cantonales sont tenues de communiquer, sur demande, tout renseignement nécessaire à l'application de la LIFD aux autorités chargées de son exécution (art. 112, al. 1, 1ère phrase, LIFD, RS 642.11).

- La communication spontanée : l'autorité est autorisée à communiquer spontanément des données personnelles à un destinataire, au cas par cas. Elle n'est cependant pas tenue de le faire. Dans le but d'éviter une confusion avec le devoir de communication, le légiste souligne dans le texte le caractère facultatif de la communication, en précisant par exemple que l'autorité « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles. *822*

Exemple :

  - les autorités fédérales, cantonales et communales peuvent signaler spontanément à l'autorité chargée de percevoir l'impôt fédéral direct les cas qui pourraient faire l'objet d'une imposition incomplète (art. 112, al. 1, 2e phrase, LIFD, RS 642.11).

- La communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise : En cas de demande, l'autorité requise apprécie librement, en l'espèce et dans les limites de la loi, si elle y donne suite ou non. Pour éviter tout risque de confusion avec les cas de communication spontanée, il est opportun que le légiste précise que la communication de données personnelles n'intervient que sur demande écrite. De plus, afin d'éviter une confusion avec la communication obligatoire sur demande, le texte de la disposition mettra en évidence la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité en précisant par exemple qu'elle « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles. *823*

Exemple :

  - l'art. 32, al. 1, LPGA (RS 830.1) prévoit que les autorités administratives et judiciaires fournissent gratuitement aux organes des assurances sociales, dans des cas particuliers et sur demande écrite et motivée, les données qui leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution, pour prévenir des versements indus, pour fixer et percevoir les cotisations et pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable.

- On est en présence d'un accès en ligne lorsque plusieurs autorités exploitent le même système informatisé ou que des tiers par rapport au responsable du traitement ont accès selon le principe du self-service aux données. Dans ce cas de figure, le responsable du traitement demeure passif. Il ne sait pas forcément qu'une personne a eu accès à certaines données. *824*
- La LPD ne distingue pas la notion d'accès en ligne selon le principe du self-service, (c'est-à-dire la procédure d'appel «*Abrufverfahren*» visée à l'art 19, al. 3 aLPD) d'autres modes de communications. Cette modification de la loi n'entraîne pas d'affaiblissement de la protection de la sphère privée. Il s'agit d'un mode de communication qui comme tel doit être prévu par la loi. L'accès en

ligne selon le principe du self-service est particulièrement susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, il doit être prévu dans une loi au sens formel en tout cas lorsqu'il porte sur des données sensibles ou des données basées sur des profilages. Il peut figurer dans une loi au sens matériel si le responsable du traitement donne un accès en ligne à des données non sensibles et que la probabilité d'atteinte grave aux droits fondamentaux est réduite. Le principe de finalité exige qu'un lien étroit soit établi entre l'accès en ligne et chaque tâche de l'autorité pour lesquelles il est requis. Par exemple, une autorité x a accès en ligne aux catégories de données y pour exécuter une tâche prévue à l'art. z de telle loi. Une autre autorité a accès en ligne aux catégories de données b pour accomplir une tâche c prévue à l'art. d de telle loi. Les bases légales nécessaires pour prévoir un accès en ligne seront d'autant plus précises que le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé. La gravité de l'atteinte doit être examinée en tenant compte non seulement de la nature des données mais aussi et en particulier du but du traitement.

Communication à l'étranger

825 En vertu de l'art. 16, al. 1, LPD, des données personnelles ne peuvent en règle générale être communiquées à l'étranger que si l'État concerné dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat ou qu'un organisme international garantit un niveau de protection adéquat. Le Conseil fédéral détermine quels États et organes internationaux garantissent un tel niveau de protection. L'ordonnance sur la protection des données (OPDo, RS 235.11) comprend en annexe la liste des États étrangers qui garantissent un niveau de protection adéquat. Si un État ne figure pas sur cette liste, la communication des données ne peut intervenir que si le niveau de protection adéquat est garanti par un autre instrument prévu à l'art. 16, al. 2, LPD tel qu'un traité international ou des garanties spécifiques élaborées par l'organe fédéral compétent (art. 16, al. 2, let. a, b et d, LPD).
Lors de la conclusion de traités internationaux, il est important de s'assurer qu'un niveau de protection adéquat soit garanti à l'étranger. Les éléments centraux sont le respect des principes de la protection des données, les droits des personnes concernées (tels que le droit d'accès), les voies de droit disponibles, les exigences eu égard à une éventuelle communication ultérieure à l'étranger et l'existence d'une surveillance indépendante de la protection des données.

Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD) dans le cadre de la procédure législative

826 Lors de chaque traitement de données envisagé, les organes fédéraux, se fondant sur l'art. 22 LPD, doivent effectuer un examen des risques afin de déterminer si un tel traitement est susceptible d'entraîner un risque élevé pour les droits fondamentaux de la personne concernée. Si cet examen démontre l'existence d'un risque élevé pour les droits fondamentaux de la personne concernée, une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) doit être établie.
L'examen préalable des risques et l'AIPD se fondent sur les directives du Conseil fédéral concernant l'examen préalable des risques et l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles en cas de traitement de données personnelles par l'administration fédérale (Directives AIPD). Les documents complémentaires de l'OFJ, en particulier l'instrument d'examen préalable des risques et le guide AIPD, peuvent être téléchargés sur le site internet de l'OFJ.

4ème partie : Les divers types d'action possibles

15 Instruments d'action de l'État

Introduction

827 Lors de la recherche de solutions, il s'agit de choisir, parmi les instruments dont l'État dispose pour traduire sa volonté et influencer un comportement social, les plus appropriés. Ces instruments d'action de l'État sont :

- les obligations et interdictions (v. *ch. 828*) ;
- les régimes d'autorisation et d'annonce (voir *ch. 829 ss*) ;
- les dispositions financières (contributions de droit public, voir *ch. 837 ss* ; subventions, voir ch. 866ss)) ;
- les dispositions pénales (voir *ch. 877 ss*);
- les moyens de contrainte administratifs (voir *ch. 910 ss*);
- les dispositions régissant la responsabilité (voir *ch. 916 ss*);
- la planification (voir *ch. 922 ss*);
- les autres instruments : l'information et l'incitation (voir *ch. 931 ss*) et les instruments partenariaux (voir *ch. 941 ss*).

Obligations et interdictions

828 La partie principale de l'acte législatif est, en règle générale, consacrée à la définition des droits et des obligations de ses destinataires primaires. Ceux-ci peuvent être soumis directement à une obligation de faire ou de tolérer.

Exemples :

- dispositions sur la manière de traiter les animaux (art. 4 et 6 à 21 de la loi sur la protection des animaux (LPA, RS 455) ; art. 3 à 80 de l'ordonnance sur la protection des animaux (OPAn, RS 455.1) ;
- règles de la circulation routière (art. 26 à 53 LCR et ordonnance sur les règles de la circulation routière, OCR, RS 741.11).

Régimes d'autorisation et d'annonce

Régime d'autorisation

829 Lorsqu'un comportement présente un risque élevé, on peut prévoir un régime d'autorisation ou d'annonce. Les régimes d'autorisation peuvent consister en une procédure d'homologation ou d'examen de la conformité.

830 Le régime d'autorisation permet d'influencer des comportements en tenant compte de chaque cas ; cependant, contrairement aux dispositions qui prescrivent directement un certain type de comportement, il entraîne généralement un travail administratif important.

831 Les questions suivantes doivent être examinées au moment d'édicter des dispositions prévoyant un régime d'autorisation :

- Le comportement doit-il nécessairement être dirigé en tenant compte des circonstances de chaque cas concret ?
- Peut-on obtenir le même résultat en utilisant des instruments moins incisifs (par exemple publication officielle obligatoire, obligation de s'annoncer ou de se faire enregistrer, en prévoyant éventuellement pour les autorités d'application certains moyens d'intervention clairement circonscrits) ?

832 Le principe de l'autorisation doit dans tous les cas être ancré dans une loi formelle. Les particularités de la procédure d'autorisation peuvent être réglées au niveau de l'ordonnance. On se référera à ce sujet aux principes généraux de la délégation législative (voir *ch. 703 ss*).

833 La réglementation devrait clairement répondre aux questions suivantes :

- Quels sont les comportements qui ne sont admissibles qu'avec une autorisation expresse ?
- Qui peut bénéficier d'une autorisation (personnes physiques ou morales) ?
- Quelles conditions faut-il remplir pour la délivrance de l'autorisation ?
- S'agit-il d'une autorisation de droit ou d'une autoristion discrétionnaire ? Dans le premier cas, l'autorisation doit être accordée dès lors que les conditions sont remplies. Dans le second, l'autorité dispose d'une certaine marge de manœuvre, même lorsque les conditions sont remplies (l'autorisation peut être accordée).
- Quelle est l'autorité de décision en première instance ?
- Quel est le statut des tiers intéressés ?
- L'autorisation est-elle limitée dans le temps ?
- L'autorisation est-elle transmissible ?
- Quels sont, le cas échéant, les motifs d'extinction ou de retrait de l'autorisation ?

834 Au moment de régler la procédure, on veillera à ne faire figurer dans la loi formelle que les dispositions indispensables et celles qui complètent ou dérogent à la PA. Il en va de même s'agissant des voies de recours (v. les dispositions de procédure aux *ch. 745 ss*).

Exemples :

- art. 28 ss de la loi sur la radioprotection (RS 814.50) ;
- art. 9 ss de la loi sur les produits chimiques (LChim, RS 813.1).

Régime d'annonce

835 Le régime d'annonce sert prioritairement à fournir des informations à l'État. Il est une forme atténuée du régime d'autorisation (v. *ch. 829 ss*). L'État n'est pas obligé d'agir automatiquement quand il reçoit une annonce, mais celle-ci lui permet d'intervenir si la situation l'exige. En ce sens, le régime d'annonce sert aussi à influer sur le comportement des sujets de droit.

Une sanction est en règle générale prévue en cas de non-respect de l'annonce obligatoire. 836

Exemple avec sanction :

- annonces relatives au trafic des animaux (art. 14 s. de l'ordonnance sur les épizooties, OFE, RS 916.401).

Exemple sans sanction :

- inscription au registre des Suisses de l'étranger (art. 11 de la loi sur les Suisses de l'étranger, LSEtr, RS 195.1).

Dispositions financières

Les contributions de droit public

La notion de contribution est utilisée ici comme notion générique pour les impôts, les taxes d'orientation, les taxes de surveillance, les charges de préférence, les émoluments, etc. 837

Schéma des contributions de droit public (v. JAAC 64.25)

<table>
<tr><th></th><th>Lien entre le but de l'utilisation de la taxe et le cercle des assujettis</th><th>Exigences relatives à la base constitutionnelle pour la perception de contributions par la Confédération</th><th>Exigences relatives à la base légale</th></tr>
<tr><td>Impôts, à l'exemple des impôts sur le revenu et la fortune</td><td>Absence de tout lien (obligation sans condition)</td><td rowspan="3">Base constitutionnelle expresse et spécifique</td><td rowspan="3">Détermination du cercle des assujettis, de l'objet et de la quotité de la contribution nécessaire au niveau de la loi formelle</td></tr>
<tr><td>Impôts à affectation obligatoire calculés selon les coûts, à l'exemple de la surtaxe sur les huiles minérales et la taxe de séjour</td><td>Lien aussi peu arbitraire que possible (y inclus des assujettis qui n'ont rien à faire avec l'accomplissement du but poursuivi par la contribution)</td></tr>
<tr><td>Contributions particulières, à l'exemple des taxes de surveillance des banques et des assurances privées</td><td>Rapport particulier, par exemple une équivalence de groupe, c'est-à-dire une congruence entre le cercle des assujettis et le cercle des personnes auxquelles profite l'utilisation de la contribution</td><td rowspan="4">Prélèvement en vertu d'un lien matériel, c'est-à-dire sur la base d'un domaine de compétence de la Confédération (p.ex. art. 98 Cst. pour la taxe de surveillance dans le domaine des banques et des assurances privées)</td></tr>
<tr><td>Taxes d'incitation (par exemple sur les composés organiques volatils)</td><td>Non applicables (pas de but d'utilisation défini)</td><td>Comme pour les impôts, mais la taxe peut être déterminée dans une ordonnance, sur la base de critères suffisamment définis par la loi.</td></tr>
<tr><td>Charges de préférence (par exemple les contributions des propriétaires fonciers aux installations d'équipement)</td><td rowspan="2">Équivalence individuelle</td><td rowspan="2">Admissibilité de la délégation à l'exécutif, dans une base légale formelle, de la détermination du montant de la contribution, pour autant que son calcul puisse être vérifié sous l'angle des principes de l'équivalence et de la couverture des frais.</td></tr>
<tr><td>Émoluments</td></tr>
</table>

Impôts

Types d'impôts

838 Les impôts sont destinés à couvrir les besoins financiers de la collectivité. Ils sont perçus auprès de toutes les personnes qui remplissent les conditions prévues par la loi. L'obligation de payer des impôts n'a pas pour corollaire l'obligation pour l'État de fournir une prestation ou un avantage. Cette obligation est due « sans condition ». On distingue les catégories d'impôts suivantes :

- les impôts destinés à couvrir les besoins financiers en général, parmi lesquels on distingue les impôts directs (impôt sur le revenu, sur la fortune, sur les gains en capital) et indirects (droits de timbre, impôt à la valeur ajoutée) ;
- les impôts d'affectation ou de dotation, destinés exclusivement à financer des tâches publiques fixées au préalable, par exemple l'impôt sur le tabac, l'impôt sur les boissons distillées et l'impôt sur les recettes des maisons de jeu (dont le bénéfice sert à financer l'AVS/AI en vertu de l'art. 112, al. 5, Cst.), les taxes de séjour ;
- les impôts à affectation obligatoire calculés selon les coûts, à l'exemple des taxes de séjour et de la surtaxe sur l'impôt prélevé sur les carburants au sens de l'art. 131, al. 2, let. a, Cst.

Faut-il affecter le produit de l'impôt à un but ?

839 Affecter le produit de l'impôt à un but déterminé permet d'assurer l'exécution d'une tâche que la collectivité estime particulièrement importante. Le produit de l'impôt ne peut alors être affecté qu'à l'activité choisie et non à la couverture des besoins financiers généraux. Ce mécanisme présente toutefois l'inconvénient de faire perdre sa souplesse à la politique financière. Quant à l'incitation à utiliser les fonds de manière mesurée, elle n'a effet que si l'impôt ne génère pas des recettes supérieures à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la tâche visée.

Objectifs extra-fiscaux

840 Les impôts poursuivent parfois des objectifs autres que fiscaux qui peuvent entrer en conflit avec les principes de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité économique. Il convient donc de pondérer les objectifs extra-fiscaux avec les principes constitutionnels de l'imposition visés à l'art. 127, al. 2, Cst. afin d'établir une concordance pratique (voir FF 2022 1252, ch. 7.1, p. 40 s.).

Principes en matière de législation

841
- La Confédération n'a le droit de prélever que les impôts prévus par la Constitution fédérale (voir art. 106, al. 3, 128 et 130 à 133 Cst.).
- L'art. 127 Cst. pose les principes régissant l'imposition : l'aménagement de l'impôt, notamment le cercle des contribuables, l'objet de l'impôt et son mode de calcul doivent être réglés dans la loi formelle elle-même (voir également

art. 164, al. 1, let. d, Cst. ; ATF 136 II 149, cons. 5.1). Pour autant que la nature de l'impôt le permette, il s'agit de tenir compte en particulier des principes de l'universalité et de l'égalité de l'imposition, de même que de celui de l'imposition selon la capacité contributive (v. ATF 136 I 49, cons. 5.2).

- De la même manière, les exceptions à l'obligation fiscale et une éventuelle affectation de la taxe à un but déterminé doivent figurer dans une loi formelle (voir ATF 122 I 305 cons. 6, 103 Ia 242). De telles affectations ne peuvent pas déroger à d'éventuelles affectations constitutionnelles.
- Les objectifs extra-fiscaux de droit fédéral doivent être fondés sur une compétence matérielle constitutionnelle de la Confédération (FF 1983 III 1, ch. 145.1, p. 48 ss).
- La charge fiscale ne doit pas être lourde au point de vider la fortune des contribuables de sa substance ou d'en empêcher la reconstitution (interdiction d'une imposition confiscatoire ou prohibitive, voir ATF 128 II 112, cons. 10b.bb).

Contributions particulières

842 Les taxes de surveillance constituent une sous-catégorie des contributions particulières. Leur classification spécifique n'a été établie qu'à la fin des années 1990, en partant du principe que la prise en compte des frais généraux (*overhead*) dans le calcul des émoluments pouvait dépasser le cadre des émoluments (JAAC 64.25, en particulier A./II.4 ; dans la pratique de l'OFJ, une part d'environ 15 % de frais généraux dans les coûts imputables est considérée comme admissible, ce qui permet d'assurer un calcul correct des émoluments, en particulier en cas de contrôle judiciaire).

843 La conception des taxes de surveillance ne fait pas l'unanimité dans la doctrine (voir Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e édition, 2020, n° 2775 s., 2794 ; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e édition, 2022, n° 1597 et 1653, qui envisagent d'élargir, par le biais de l'interprétation de la Constitution, la possibilité de prélever des taxes sur la base d'une compétence matérielle ; Wiederkehr, Sonderabgaben, recht 2017, 43 ss, en particulier 48 ss).

844 Au cours des 25 dernières années, le Conseil fédéral a proposé plusieurs fois la perception de taxes de surveillance ; le Parlement a en partie suivi ces propositions et a édicté les réglementations correspondantes (par exemple art. 15 LFINMA, art. 65 de la loi sur les produits thérapeutiques, art. 20 du projet de loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie [message du 29.11.2023, FF 2023 2864 s.]). Le Tribunal fédéral n'a pas jugé utile à ce jour de remettre fondamentalement en question cette pratique, en particulier le fait de fonder la réglementation légale formelle d'une taxe de surveillance sur la compétence matérielle à la base de l'activité de surveillance (ATF 141 V 509, consid. 6 ; arrêts 2C 726/2007 du 2.10.2008, consid. 4.2 et 2C 729/2007 du

25.6.2008, consid. 3).

845 Selon la conception des taxes de surveillance, il se justifie – malgré l'absence d'équivalence individuelle – de ne pas les qualifier d'impôts (d'attribution des coûts), qui exigeraient une base constitutionnelle spécifique explicite. Les taxes de surveillance servent à financer de manière conforme au principe de causalité la surveillance exercée par l'État : en raison du lien particulier qui unit le cercle des assujettis et l'affectation de la taxe, elles peuvent en effet être considérées comme une catégorie de taxes distincte au sein des contributions causales et une base légale formelle fondée sur une compétence matérielle de la Confédération suffit à leur perception.

846 La qualité du lien entre les personnes assujetties à la taxe et l'utilisation de celle-ci est déterminante. Dans le cas des taxes de surveillance, le lien est congruent, puisque, bien qu'elles ne puissent être imputées aux assujettis pris séparément, elles leur bénéficient cependant en tant que groupe. Une telle congruence peut être considérée comme une équivalence de groupe qualifiée, ce qui n'est pas le cas de taxes telles que la surtaxe sur les huiles minérales grevant les carburants (art. 131, al. 2, let. a, Cst.). Cette dernière, si elle est bien utilisée au profit de la circulation routière (art. 86, al. 2, let. c, Cst.), n'est cependant pas prélevée uniquement sur la consommation de carburants des véhicules routiers mais également sur celle des machines de chantiers, par exemple (voir JAAC 64.25, 355 s).

847 Lorsque l'on examine la question des bases légales du point de vue de la marge de manœuvre constitutionnelle, il ne semble pas approprié de traiter les taxes présentant une congruence élevée de la même manière que celles qui ne présentent aucun lien entre assujettis et affectation (par exemple les impôts sur le revenu) ou qui présentent un lien plus ténu (par exemple la surtaxe sur les huiles minérales grevant les carburants). On peut raisonnablement considérer que les taxes présentant un lien de congruence qualifiée peuvent être fondées sur une compétence matérielle de la Confédération dans une loi formelle, à l'image des taxes présentant un rapport d'équivalence individuelle, et qu'elles ne nécessitent donc pas de base constitutionnelle explicite spécifique.

848 Selon la pratique des autorités fédérales, les taxes de surveillance ne sont donc pas considérées comme des impôts, mais comme des contributions causales. Cette pratique se justifie notamment dans les domaines où la surveillance est étendue, comme c'est le cas pour la surveillance des banques et des assurances privées par la FINMA.

849 La détermination du critère qui permettra de répartir entre les assujettis les coûts qui doivent être couverts par la taxe de surveillance constitue un défi pratique. La clé de répartition doit reposer sur une corrélation plausible entre les assujettis et les charges dont les coûts doivent être couverts. La répartition de la taxe entre les assurances privées se fait par exemple en fonction du volume de primes de chaque entreprise d'assurance par rapport au volume total des primes (art. 15,

al. 2, let. c, LFINMA). Une corrélation entre l'utilité des charges de surveillance, qui ne peuvent pas être imputées aux différentes entreprises d'assurance en vertu de l'équivalence individuelle, et la taille des entreprises semble plausible. Étant donné l'importance de cette clé de répartition, elle doit être fondée sur une base légale formelle.

Taxes d'orientation

850 Les taxes d'orientation visent à inciter les personnes assujetties à modifier leur comportement en augmentant les coûts engendrés par les agissements non souhaités (voir par exemple les taxes d'orientation visées aux art. 35*a* ss de la loi sur la protection de l'environnement, RS 814.01). Pour cette catégorie de taxes, le bénéfice financier n'est en fait qu'un effet accessoire. L'affectation du produit d'une taxe d'incitation compromet donc l'objectif à long terme de la taxe, qui risque de devenir pérenne.

Principes en matière de législation :

851
- Les taxes d'orientation n'ont pas besoin de base constitutionnelle expresse, si le but poursuivi par la taxe d'orientation est couvert par une compétence de la Confédération dans le domaine concerné. L'affectation doit en revanche pouvoir s'appuyer sur une compétence fiscale de la Confédération (pour la taxe sur le CO_2 : art. 131, al. 1, let. e, Cst.).
- Les taxes d'orientation obéissent au principe de la légalité dans la même mesure que les autres mesures incitatives de droit administratif (ATF 125 I 182 cons. 4d). Une ordonnance peut prévoir le montant de la taxe lorsqu'il doit être modifié fréquemment, à condition toutefois que les critères utilisés soient suffisamment précis.

Charges de préférence

852 Les charges de préférence sont, comme les émoluments, des contributions causales, représentant une participation des personnes auxquelles des installations réalisées par une corporation publique procurent certains avantages économiques.

Exemple :

- contribution d'un propriétaire foncier à la construction d'une route ou d'un réseau de canalisations.

853 Les charges de préférence doivent, d'une part, être calculées en fonction du principe de la couverture des frais et, d'autre part, être perçues proportionnellement à l'avantage économique qu'en retire le bénéficiaire de l'installation publique. Pour apprécier cet avantage, on peut utiliser des critères de calcul schématiques (voir TF du 30 juin 2005, ZBl 2006 382 cons. 3 ; ATF 128 I 46 cons. 4, 122 I 305 cons. 4b, 110 Ia 205 cons. 4c).

Les charges de préférence obéissent au principe de la légalité dans la même mesure que les impôts. La loi formelle doit définir au moins les conditions générales de la perception et le montant maximum de la contribution. De la même manière, elle doit fixer la proportion dans laquelle les frais de l'installation doivent être supportés par les assujettis (voir ATF 132 II 371 cons. 2). 854

Contributions de remplacement

Les contributions de remplacement sont, comme les émoluments et les charges de préférence, des contributions causales perçues de personnes exemptées d'une obligation de droit public. 855

Exemples :

- contributions de remplacement au lieu de la création de places de parc ou du reboisement d'une forêt ;
- taxe d'exemption de l'obligation de servir (loi fédérale sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir, LTEO ; RS 661).

La contribution de remplacement doit être mesurée en fonction de l'avantage que retire l'administré à être exempté de l'obligation originaire (voir ATF du 18 août 1999, ZBl 2003 551 cons. 5, ATF 97 I 792 cons. 8). Elle ne peut pas être plus élevée que nécessaire pour compenser cet avantage ; elle ne doit pas non plus être si basse qu'elle incite l'assujetti à ne pas exécuter la prestation originaire. 856

En règle générale, les contributions de remplacement sont soumises au principe de la légalité dans la même mesure que les autres contributions causales (voir ATF 135 I 233, cons. 9). Le montant de la contribution peut être réglé par voie d'ordonnance lorsque la nature de l'obligation originaire permet de dégager des critères suffisamment précis pour le calcul de l'avantage à compenser. 857

Émoluments

Contrairement aux impôts qui sont dus « sans condition », les émoluments sont perçus en contrepartie d'une prestation de l'État ou de l'octroi d'un avantage déterminé. Il s'agit de contributions causales. 858

Les émoluments administratifs sont perçus pour financer une dépense découlant d'une prestation fournie par l'administration et causée ou sollicitée par l'administré. Les émoluments de chancellerie en constituent un exemple. 859

Les taxes d'utilisation sont prélevées pour l'utilisation des établissements, installations ou équipements publics.

Les émoluments régaliens constituent la contrepartie versée par le contribuable pour l'exercice d'une activité ou d'un privilège réservés à l'État (monopoles, régales). 860

861

Principes en matière de législation

- En principe, les émoluments doivent être prévus par une base légale formelle (art. 164, al. 1, let. d, Cst.). L'art. 46*a* LOGA est une base légale suffisante pour les émoluments perçus par les unités de l'administration fédérale centrale et décentralisée pour leurs décisions et leurs prestations, mais non pour d'autres actes officiels tels que les contrôles ponctuels qui ne donnent lieu à aucune contestation (voir Th. Braunschweig, LeGes 2005, p. 9 ss. notamment ch. 2.2 et 3.3). Le montant de l'émolument peut être prévu dans une ordonnance pour autant qu'il soit possible, compte tenu de la nature de l'activité administrative en cause, d'appliquer le principe de la couverture des frais et celui de l'équivalence (voir ATF 135 I 130, cons. 7.2, avec d'autres références).
- Les émoluments de chancellerie n'ont pas besoin de base légale formelle et peuvent être perçus sur la base d'une ordonnance. Constituent des émoluments de chancellerie les montants perçus pour rétribuer des activités administratives simples pouvant être effectuées sans moyens de contrôle ou d'examen particulier. Les taxes ne doivent pas excéder un montant modeste (environ 30 francs ; voir ATF 125 I 173 cons. 9b).
- En vertu du principe de la couverture des frais, le produit des émoluments ne doit pas dépasser l'ensemble des charges supportées par le service concerné (voir ATF 149 I 305 et le commentaire d'Alain Griffel, ZBL 11/2023, 594 ss, message relatif à l'art. 46*a* LOGA, FF 2003 5240 ss). S'agissant des émoluments perçus pour des droits n'engendrant pas de frais supplémentaires pour l'administration, en particulier des taxes de monopole, les taxes régaliennes et les taxes d'utilisation, le principe de la couverture des frais ne s'applique pas (voir ATF 131 II 735, cons. 3.2, 4,124 I 11, cons. 5b)
- Le principe de l'équivalence, qui découle du principe de la proportionnalité, exige qu'un émolument n'apparaisse pas disproportionné par rapport à la valeur objective de la prestation et qu'il se situe dans des limites raisonnables. La valeur d'une prestation se mesure soit à l'avantage qu'en retire l'assujetti, soit à la somme des frais qu'occasionne la demande par rapport à l'ensemble des charges supportées par le service administratif concerné (voir ATF 132 II 47 cons. 4.1, 130 III 225 cons. 2.3).
- Le tarif des émoluments doit respecter les principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire ; cela signifie qu'il doit être conçu avec objectivité et ne doit pas établir de distinctions sans motif raisonnable. On admet toutefois un calcul schématique des tarifs sur la base de valeurs moyennes fondées sur l'expérience (voir ATF 138 II 70 cons. 6.2 à 7.4, 130 III 225 cons. 2.4, 125 I 1, 106 Ia 241, 244).

Cotisations aux assurances sociales

Les cotisations aux assurances sociales doivent permettre de financer totalement ou partiellement les charges des institutions d'assurances sociales. 862

Le cercle des personnes assujetties doit être défini dans une loi formelle. Hormis les assurés, il arrive souvent que leurs employeurs soient appelés à cotiser. L'obligation de cotiser peut être prévue dans une convention collective de travail déclarée de force obligatoire générale (v. ATF 138 V 32 cons. 3.2). 863

Les assurances sociales s'efforcent souvent de réaliser, outre une simple répartition des risques, un correctif social. C'est la raison pour laquelle les cotisations peuvent contenir, en plus de ce qui est indispensable sur le plan de la technique des assurances, une contribution de solidarité. Des contributions de solidarité de ce genre présentent les caractéristiques d'impôts d'affectation. Lorsque la part « contribution de solidarité » est importante par rapport au montant total de la cotisation (par exemple AVS/AI), elle doit être prévue par une loi formelle. 864

Subventions

Aides financières et indemnités (subventions)

La loi sur les subventions distingue entre aides financières et indemnités. 865

La Confédération alloue une aide financière à un bénéficiaire étranger à l'administration fédérale qui accomplit une activité importante pour la collectivité publique, mais qui ne pourrait guère la financer par ses propres moyens (voir art. 3, al. 1, de la loi sur les subventions, LSu, RS 616.1). Selon la LSu, elle peut notamment accorder ce type de subvention lorsque : 866

- la tâche répond à l'intérêt de la Confédération ;
- les particuliers ou les cantons ne sauraient accomplir cette tâche sans son soutien ;
- les autres possibilités de financement ont été épuisées ;
- la tâche ne peut être accomplie de manière plus rationnelle.

Les indemnités servent à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement de tâches prescrites par le droit fédéral (art. 3, al. 2, LSu). Leurs bénéficiaires sont souvent des entreprises de la Confédération ou des cantons qui se chargent en leur nom de certaines activités. Ces dernières se basent : 867

- directement sur une loi ou sur une ordonnance de l'Assemblée fédérale ;

Exemple :

- la Confédération alloue 50 millions de francs pour l'octroi de rabais sur la distribution de la presse (art. 16, al. 7, de la loi sur la poste, LPo, RS 783.0) ;

- sur un contrat ;

Exemple :

  - les entreprises de transport reçoivent des indemnités pour les coûts non couverts des prestations de transport régional commandées par la Confédération et les cantons (art. 28 ss de la loi sur le transport de voyageurs, LTV, RS 745.1).

868 Si l'indemnisation est accordée dans le cadre de la délégation d'une tâche de la Confédération pour laquelle plusieurs bénéficiares potentiels sont candidats, l'art. 15*b* de la loi sur les subventions (RS 616.1) prévoit que les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics (RS 172.056.1) s'appliquent aux marchés passés en dehors du champ d'application des traités internationaux. Si cela n'est pas souhaité, la législation spéciale doit préciser que le mandat n'est pas considéré comme un marché public :

- concessions d'infrastructure (art. 5, al. 5, LCdF ; RS 742.101) ;
- concession pour le transport de personnes (art. 6, al. 5, LTV ; RS 745.1).

869 En pratique, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre les aides financières et les indemnités (v. FF 1998 1721, 1729).

870 Les explications qui vont suivre devraient permettre de clarifier le principe de la loi sur les subventions qui veut que les dispositions légales relatives aux aides financières et les indemnités doivent être conçues de manière à ce qu'il soit possible de prendre en compte les impératifs de la politique financière, notamment en subordonnant l'octroi des prestations au volume des crédits disponibles et en fixant des taux plafonds (art. 7, let. h., et 10, al. 1, let. d, LSu).

871 Dans un acte législatif, subordonner des subventions au volume des crédits disponibles n'a pas la même signification que l'article 57, alinéa 2, de la loi sur les finances, qui impose à l'administration de n'allouer des versements que dans le cadre des crédits ouverts. Subordonner l'octroi des subventions à des crédits disponibles, dans un acte législatif, a des effets externes, et exclut, ou tout au moins diminue, les prétentions juridiques. À l'opposé, l'article 31, alinéa 2, de la loi sur les finances n'a que des effets internes. Si les crédits octroyés ne suffisent pas à financer les subventions, il est nécessaire de solliciter des crédits additionnels (voir JAAC nº 49 [1985], n° 59, p. 374 s.).

Conception flexible sur le plan financier des normes relatives aux subventions

872 Les normes relatives aux subventions peuvent, dans les cas suivants, être conçues de manière flexible sur le plan financier :

- aides financières : la flexibilité sur le plan de la politique financière doit être compatible avec le but de l'aide. En règle générale, il y a compatibilité lorsque

les aides financières sont attribuées à des fins d'investissements. Il y a incompatibilité lorsqu'elles favorisent ou servent à maintenir des activités de longue durée (par exemple les aides financières destinées à supporter des charges d'exploitation) ;
- indemnités : la flexibilité requise sur le plan de la politique financière doit être compatible avec la tâche à indemniser. Il y a, en règle générale, compatibilité avec une obligation d'indemniser lorsque les dispositions déterminantes laissent aux autorités d'exécution une marge de manœuvre pour décider de l'étendue ou du moment de l'indemnisation.

Moyens d'assurer la flexibilité sur le plan de la politique financière

Base légale

L'octroi d'aides financières et d'indemnités requiert une base légale formelle. Afin que la Confédération puisse maintenir la flexibilité de sa politique financière, on ne doit pas instaurer un droit aux subventions. On peut tout au plus fixer le principe du financement, mais pas le montant. Deux options s'offrent : *873*
- restreindre les aides financières au montant des crédits ouverts. Proposition de formulation : « La Confédération octroie des aides financières/des indemnités dans la limite des crédits ouverts ». Cette formulation instaure, jusqu'à concurrence du crédit ouvert, un droit à l'octroi d'aides financières ou d'indemnités.
- conférer un pouvoir d'appréciation à l'autorité par l'adoption d'une norme potestative. Proposition de formulation : « La Confédération peut accorder des aides financières/des indemnités ». À première vue, cette formulation ne donne pas naissance à un droit, mais ce n'est qu'une apparence. Comme l'administration ne peut, comme chacun sait, statuer arbitrairement, elle doit respecter dans ses décisions des critères objectifs. Si donc elle a développé une certaine pratique dans le traitement des demandes, elle ne peut s'en écarter sans motifs fondés. L'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation totalement libre. Si les demandes présentées excèdent les ressources disponibles, le département compétent établit un ordre de priorité (art. 13, al. 2, LSu).

Si la liberté d'appréciation de l'administration doit être davantage limitée, les restrictions supplémentaires doivent être prévues dans la loi ou dans l'ordonnance. *874*

Exemples :
- promotion du tourisme (v. art. 1 à 3 de la loi fédérale encourageant l'innovation, la coopération et la professionnalisation dans le domaine du tourisme, RS 935.22) ;
- aides financières « lorsque les mesures sont urgentes » ou requièrent « une évaluation complexe » (art. 4*a* de l'ordonnance sur la protection de la nature et du paysage, OPN, RS 451.1).

Subventions dans le cadre de l'année budgétaire

875 Dans la plupart des cas, les subventions sont octroyées et payées sur une période d'un an. L'office compétent doit alors ouvrir un crédit budgétaire (pour l'ensemble de la terminologie, voir l'art. 20 de l'ordonnance sur les finances de la Confédération, RS 611.01). À certaines conditions, ces crédits peuvent être reportés sur l'année suivante.

Subventionnement d'engagements à long terme

876 Lorsqu'il est prévu de contracter des engagements financiers allant au-delà de l'exercice budgétaire, un crédit d'engagement est nécessaire (art. 21 de la loi sur les finances, LFC, RS 611.0 et art. 10 ss OFC). Proposition de formulation : « L'Assemblée fédérale fixe le montant maximal des aides financières, par année/sur plusieurs années, par arrêté fédéral simple. »

Exemples :

- art. 28, al. 3, de la loi sur l'encouragement du sport (LESp, RS 415.0) ;
- art. 4 de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RS 861).

Dispositions pénales

Introduction

877 Selon l'art. 123, al. 1, Cst., la législation en matière de droit pénal matériel relève de la compétence de la Confédération. Le droit pénal principal est constitué par le code pénal suisse (CP, RS 311.0). Il comprend les dispositions pénales concernant les comportements qui sont en soi susceptibles d'être réprouvés et sanctionnés. Le droit pénal accessoire est constitué par les dispositions pénales contenues dans les lois spéciales. On le distingue par son caractère administratif accessoire ; le comportement découlant de l'état de fait n'est pas en soi susceptible d'être réprimé pénalement, mais uniquement en rapport avec la violation d'une norme de droit administratif. Le droit pénal accessoire sert avant tout à la mise en œuvre du droit matériel. La compétence d'adopter ces dispositions légales ne découle pas de l'art. 123, al. 1, Cst., mais de la compétence législative de la Confédération de légiférer dans le domaine du droit administratif concerné.

878 Le droit pénal accessoire n'est cependant pas uniforme, aussi bien sur le plan matériel que formel. Les explications qui vont suivre donnent quelques principes de législation pour l'ensemble du droit pénal accessoire.

879 Une partie du droit pénal accessoire est également constituée par la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0), laquelle contient quelques dispositions pénales matérielles (analogues à l'escroquerie, au faux dans les titres et à l'obtention frauduleuse d'une prestation telles que réprimées par le CP). Cette loi unifie essentiellement la procédure pénale au niveau de l'administration fédérale, si bien que l'on peut en principe renoncer à introduire dans les lois spéciales des

dispositions spécifiques en matière de procédure pénale.

Validité des dispositions générales du CP et du DPA

Principe

En vertu de l'art. 333, al. 1, CP, les dispositions générales du CP sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière. L'art. 2 DPA reprend ce principe pour « la législation administrative fédérale » ; en outre cette loi prévoit pour cette matière quelques dérogations aux dispositions de la partie générale du CP (voir art. 4 à 11 DPA). Ces dérogations concernent en particulier la punissabilité de l'instigation et de la complicité (voir art. 5 DPA), la répression des infractions commises dans la gestion d'une personne morale pour des amendes jusqu'à 5 000 francs (voir art. 6 et 7 DPA) et la prescription des contraventions (voir art. 11 DPA). *880*

L'ensemble du droit pénal administratif, y compris les dispositions qui lui sont propres, ne s'applique que lorsque l'instruction et le jugement d'une infraction sont du ressort d'une autorité administrative fédérale (voir art. 1 DPA). Par conséquent, chaque fois que le Ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral ou une autorité cantonale sont chargés de l'instruction et du jugement d'une infraction pénale de droit administratif, seule la partie générale du CP est applicable. Une solution contraire doit être spécialement prévue (applicabilité des dispositions particulières de la DPA). *881*

Exemples :

- art. 62 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01) ;
- art. 73 de la loi fédérale sur la protection des eaux (RS 814.2).

Responsabilité des entreprises

La responsabilité pénale de l'entreprise (c'est-à-dire des personnes morales et de l'ensemble des personnes comparables), est régie par l'art. 102 CP. Cet article s'applique aux crimes et aux délits. Les contraventions sont réprimées par des règles particulières (v. art. 105, al. 1, CP, art. 6 et 7 DPA). Toute disposition définissant une nouvelle infraction commise dans une entreprise doit être justifiée, notamment si le plafond de 5 000 francs fixé à l'art. 7, al. 1, DPA est dépassé (par exemple art. 49 de la loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA, RS 956.1 ; art. 125 de la loi sur les douanes, LD, RS 631.0). *882*

Amendes d'ordre

Les inobservations de prescriptions d'ordre sont des contraventions que la loi désigne sous ce terme et qui sont passibles d'une amende d'ordre (voir art. 3 DPA). La DPA ne s'applique pas aux amendes d'ordre sanctionnant des contraventions mineures au sens de la loi sur les amendes d'ordre (LAO, RS 314.1). Pour autant *883*

que le droit pénal administratif soit applicable, les caractéristiques de l'inobservation de prescriptions d'ordre sont les suivantes :

- l'instigation et la complicité ne sont pas punissables (voir art. 5 DPA) ;
- les amendes d'ordre ne peuvent pas être converties en arrêts (voir art. 10, al. 1, DPA).

884 Vu leur caractère pénal peu prononcé, les inobservations de prescriptions d'ordre peuvent être formulées de manière à prévoir la sanction dans la loi sans préciser le contenu de l'obligation violée (« *Blankettstrafnorm* », « norme en blanc »), les faits et le bien juridique protégé se déduisant d'une autre norme légale. Ces normes, par leur élasticité, permettent de faire face à des nécessités pressantes ou à des évolutions récentes.

Exemples :

- art. 56 de la loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0).
- art. 53 de la loi sur les télécommunications (LTC, RS 784.10).
- art. 127 de la loi sur les douanes (LD, RS 631.0).

885 En cas d'inobservation de prescriptions d'ordre, le maximum de l'amende ne doit pas dépasser 5 000 francs (art. 1, al. 4, LAO). Toutefois, les exigences constitutionnelles (droit d'être entendu, justification et examen par une instance de recours judiciaire) doivent être respectées dans tous les cas.

Nécessité de dispositions pénales particulières

886 On n'édicte des dispositions pénales accessoires que si cela paraît nécessaire à l'application des dispositions de l'acte juridique en cause. De nouvelles dispositions dans le droit pénal accessoire sont opportunes en particulier lorsque :

- le comportement que l'on cherche à sanctionner n'est pas encore réprimé par le code pénal ou par une autre disposition pénale ;
- la clause générale d'insoumission à une décision de l'autorité de l'art. 292 CP ou les moyens de contrainte administratifs ne suffisent pas (voir *ch. 910 ss*) ;
- la matière est très technique ;
- une disposition pénale ne peut pas être aisément appliquée sans recourir à des notions ou à des concepts spécifiques du droit administratif.

Base légale

887 Les dispositions pénales doivent en principe figurer dans une loi formelle. En effet, une privation de liberté représente une forte restriction des droits fondamentaux (v. art. 36, al. 1, Cst.). Une base légale est également nécessaire pour les autres sanctions (peine pécuniaire et amende) et il convient de tenir compte des conditions de restrictions des droits fondamentaux de l'art. 36 Cst., en particulier du principe de la proportionnalité.

Il est permis de prévoir des dispositions pénales dans une ordonnance dans les cas suivants (voir à ce sujet JAAC 46 [1982], III, nº 50) : 888

- Délégation de compétences pénales : la loi peut expressément charger le Conseil fédéral d'édicter des dispositions pénales. Dans ce cas, et pour autant que rien d'autre n'ait été prévu dans la clause de délégation, le Conseil fédéral ne peut édicter que des contraventions (voir art. 103 ss CP).

Exemple :

- art. 55, ch. 3, LIE (RS 734.0), en relation avec l'art. 42 de l'ordonnance sur les installations électriques à basse tension (OIBT, RS 734.27).

- Délégation législative générale : la loi peut autoriser le Conseil fédéral à édicter des dispositions spécifiques dans une ordonnance de substitution. Dans ce cas, il est nécessaire d'examiner si le législateur a également voulu autoriser le Conseil fédéral à édicter des dispositions pénales. Seules des contraventions peuvent être édictées de cette manière. Si la norme délégante contient elle-même des dispositions pénales, il y a lieu de considérer que le législateur a légiféré exhaustivement et exclusivement sur le plan pénal. Des indices de silence qualifié résultent notamment des documents accompagnant l'acte législatif.
- Ordonnances d'exécution : dans les ordonnances qui procèdent de la compétence générale de l'art. 182 Cst. ou d'une clause d'exécution prévue par une loi, le Conseil fédéral n'a le droit d'édicter que les dispositions pénales qui servent de moyen de contrainte administrative et dans lesquelles l'élément pénal se situe nettement au second plan. Il peut notamment édicter des dispositions pénales similaires aux inobservations de prescriptions d'ordre de l'art. 3 DPA, c'est-à-dire des amendes n'excédant pas 5 000 francs. Compte tenu des exigences élevées posées par le principe de la légalité dans le domaine du droit pénal, il est indiqué de prévoir une base légale formelle également pour des amendes d'un faible montant.

Formulation des dispositions pénales

La formulation des dispositions pénales obéit à plusieurs règles spécifiques. 889

Construction de la phrase

Dans une disposition pénale, il est d'usage de faire suivre une infraction déterminée (« celui qui aura provoqué publiquement à un crime,… ») d'une conséquence juridique (« sera puni d'une peine privative de liberté pour trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire », art. 259, al. 1, CP). Si un nombre important d'infractions a une même conséquence juridique, il se justifie toutefois d'inverser la construction. 890

Exemple :

- art. 60, al. 1, et 61, al. 1, de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

Éléments objectifs de l'infraction

891 L'auteur de l'infraction est en principe désigné par le terme générique « quiconque » (« celui qui » dans les normes plus anciennes). On ne vise une catégorie de personnes déterminées qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs importants l'exigent, car on crée de cette manière un « délit spécial ».

892 Les éléments constitutifs de l'infraction doivent être formulés le plus précisément possible. Le législateur doit épuiser toutes les possibilités qu'il a de préciser l'infraction, et éviter les clauses formulées de manière trop générale (voir *ch. 884*). On peut renvoyer à d'autres articles de la loi contenant des ordres ou des interdictions si ces prescriptions sont suffisamment claires.

893 On ne doit pas utiliser de formule du genre « quiconque enfreint les dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral est puni de… ». Pour légiférer de manière différenciée, diverses possibilités existent :

- La loi peut déterminer quelles sont les dispositions d'exécution qui sont assorties de la menace d'une sanction pénale.

Exemple :

- art. 24, al. 1, let. e, de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD. RS 241).

- La loi peut habiliter le Conseil fédéral à prescrire des sanctions pénales pour faire respecter les dispositions d'exécution qu'il aura édictées ou prévoir une sanction pour les contraventions à des dispositions d'exécution que le Conseil fédéral aura expressément déclarées punissables.

Exemples :

- art. 103, al. 1, LCR (RS 741.01);
- art. 44, al. 1, let. f, de la loi sur la radioprotection (LRaP, RS 814.50).

894 Lorsque l'ordonnance d'exécution fait référence à une sanction pénale prévue par la loi dont elle est issue, la formulation suivante peut être utilisée : « *quiconque … (infraction) est, conformément à l'art… de la loi, puni de…* ».

Intention, négligence

895 Dans la mesure où l'art. 333, al. 7, CP, est formulé de manière ouverte, il y a lieu de spécifier dans chaque cas si seule l'infraction intentionnelle est punissable ou également l'infraction commise par négligence.

896 Proposition de formulation : « quiconque, intentionnellement ou par négligence, … (infraction), est puni de… » ; ou, si la négligence est moins sévèrement sanctionnée : « quiconque, intentionnellement, … (infraction), est puni de… ; l'auteur est

puni de… s'il agit par négligence ».

Du point de vue de la quotité de la peine, les comportements intentionnels et la négligence ne devraient être mis sur un pied d'égalité que si l'infraction est mineure (inobservation de prescriptions d'ordre ou contravention punissable d'une peine pécuniaire). En cas de crime ou de délit, la quotité de la peine doit être nettement différente. 897

Peine encourue

Le principe de l'égalité exige que des infractions d'une gravité comparable soient frappées de peines similaires. 898

L'art. 40 CP est applicable aux peines privatives de liberté, qui sont en principe d'au moins trois jours et d'au plus vingt ans, à moins que la loi ne prévoie expressément une peine privative de liberté à vie. 899

Pour qualifier un acte pénal de crime ou de délit, il convient de prendre en considération l'art. 10 CP. Celui-ci prévoit qu'un crime est une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (al. 2), tandis que le délit est une infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire (al. 3). 900

Les contraventions, quant à elles, sont punies de l'amende. L'art. 106, al. 1, CP, fixe un montant maximal de 10 000 francs, mais cette somme est souvent dépassée dans le droit pénal accessoire. 901

Exemples :

- art. 36, al. 1 et 3, de la loi sur le matériel de guerre (LMG, RS 514.51) : amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs en cas de contravention intentionnelle ; jusqu'à 40 000 francs en cas de négligence ;
- art. 18 de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0) : amende pouvant aller jusqu'à 20 000 francs.

Pour les peines privatives de liberté, on ne doit pas prévoir de peines maximales inusuelles (par exemple de deux ans ou quatre ans au maximum). Il convient d'éviter les peines minimales qui limitent le pouvoir d'appréciation du tribunal compétent ou de l'autorité compétente et risquent de conduire à des résultats arbitraires. 902

Relations avec d'autres dispositions pénales

Si, pour des raisons objectives, on ne peut renoncer à édicter une nouvelle disposition pénale et si l'on peut prévoir qu'au moment de son application cette disposition pourrait entrer en concours avec une disposition du CP ou d'une autre loi, il est nécessaire de régler les relations entre ces deux normes. Les solutions suivantes sont possibles en cas de concours : 903

- seule l'une des dispositions s'applique dans tous les cas ;

Exemples :

  - art. 40, al. 4 de la loi fédérale sur les explosifs (LExpl, RS 941.41) ;
  - art. 72 de la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20 ; concerne uniquement l'art. 234 CP).

- seule l'une des dispositions s'applique lorsque certaines conditions sont réunies ;

Exemple :

  - art. 40, al. 1, LExpl (RS 941.41).

- on applique la disposition qui prévoit la peine maximale la plus lourde ;

Exemples :

  - art. 86, al. 1, de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh, RS 812.21) ;
  - art. 21, al. 3, de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0).

- on applique les deux dispositions. Dans ce cas, pour autant que la loi ne prévoie pas autre chose, l'art. 49, al. 1, CP, est applicable (aggravation de la peine).

Exemple :

  - art. 72 LEaux (RS 814.20).

904 L'application exclusive de l'une des dispositions pénales n'est conseillée que si celle-ci réunit tous les éléments constitutifs de l'autre et sanctionne l'infraction de manière appropriée. À l'inverse, il paraît indiqué de prévoir l'application des deux dispositions lorsque la même action viole différents biens juridiquement protégés (par exemple la santé publique et l'intégrité corporelle). Lorsque les infractions sont punies par le CP et la DPA — la DPA réprimant l'escroquerie en matière de prestations et de contributions, le faux dans les titres, l'obtention frauduleuse d'une constatation fausse, la suppression de titres et l'entrave à l'action pénale (voir art. 14 ss) —, on doit renoncer à édicter de nouvelles dispositions pénales (voir *ch. 880 ss*). Il est possible de renvoyer expressément aux dispositions précitées de la DPA si celle-ci s'applique.

Exemples :

  - art. 45, al. 1, de la loi fédérale sur la radioprotection (RS 814.50) ;
  - art. 45*a* de la loi sur les installations de transport par conduites (LITC, RS 746.1).

905 Par ailleurs, l'escroquerie en matière de prestations et de contributions est, selon l'art. 14, al. 1 et 2, DPA, soumise à la condition que l'auteur ait voulu, par une attitude astucieuse, induire l'autorité en erreur. Pour renoncer à cet élément constitutif de l'infraction, il est nécessaire de le prévoir expressément dans une loi spéciale.

Juridiction compétente

Dans le droit pénal accessoire, on précisera toujours quel organe est compétent en première instance pour instruire et juger une infraction. 906

Dans la mesure où les cantons sont chargés de l'exécution d'un acte législatif, on leur laissera le soin de poursuivre l'infraction. À l'inverse, lorsque c'est une autorité fédérale qui est chargée de l'exécution de l'acte, on chargera une autorité administrative fédérale de la poursuite de l'infraction. 907

Exemples :

- art. 45 en relation avec l'art. 73 LEaux (RS 814.20);
- art. 57 LIE (RS 734.0);
- art. 46*a*, al. 2, LITC (RS 746.1).

On ne devrait prévoir la compétence juridictionnelle du Tribunal pénal fédéral qu'exceptionnellement et qu'après avoir examiné la question avec lui et avec le Ministère public de la Confédération. 908

Communication des jugements pénaux

Les autorités fédérales peuvent recourir contre des décisions cantonales si le droit fédéral prévoit que la décision doit leur être communiquée (voir art. 381*a* CPP). La communication des décisions pénales aux autorités fédérales par les autorités cantonales est réglementée de manière exhaustive dans l'ordonnance correspondante du 10 novembre 2004 (RS 312.3). Les dispositions prévoyant une obligation légale de communication au Ministère public de la Confédération doivent être abrogées à la prochaine occasion et intégrées dans l'ordonnance précitée avec indication de l'autorité compétente. D'autres obligations légales de communication ne doivent être créées dans des lois spéciales que si les jugements pénaux sont utilisés dans un autre but que le dépôt d'un recours dans la procédure pénale, par exemple à des fins statistiques ou d'analyse. 909

Moyens de contrainte administratifs

Les moyens de contrainte administratifs sont destinés à obliger les personnes qui ne respectent pas leurs obligations à se soumettre au droit administratif. Concrètement, le moyen de contrainte doit toujours être en relation directe avec l'obligation juridique à exécuter. On distingue entre les moyens de contrainte de l'exécution forcée et les moyens de contrainte répressifs. 910

Les moyens de contrainte de l'exécution

Les moyens de contrainte de l'exécution forcée ont pour but de maintenir ou de rétablir l'état prévu par la loi et de faire réellement exécuter les obligations prévues par le droit administratif. Cela inclut : 911

- l'exécution forcée de la poursuite pour dettes (l'art. 40 PA renvoie à cet égard à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, LP, RS 281.1),
- la contrainte directe à l'encontre des personnes et de leurs biens (par exemple saisie de denrées alimentaires nuisibles pour la santé),
- l'exécution par substitution (par exemple démolition des constructions non autorisées).

912 Le champ d'application de l'exécution forcée englobe surtout l'exécution des décisions. En principe, les art. 39 à 43 PA (RS 172.021) sont déterminants. Formellement, ces dispositions ne sont toutefois applicables qu'aux décisions des autorités administratives fédérales (voir art. 1, al. 1, PA). Elles contiennent cependant des règles qui sont généralement reconnues en droit administratif et qui sont devenues aujourd'hui, en particulier par le biais des articles 5, 29, 31, 35 et 36 Cst., une référence pour l'activité des autorités administratives.

913 L'exécution forcée satisfait au principe de la légalité dès lors que les moyens employés ont une base légale.

Les moyens de contrainte répressifs

914 Les moyens de contrainte répressifs sont destinés à causer des désagréments à celui qui a manqué à ses obligations. Il s'agit, d'une part, de faire exécuter directement les obligations prévues par la loi et d'autre part, de sanctionner les violations de la loi et d'obtenir ainsi un effet préventif. Les moyens de contrainte répressifs peuvent également consister à supprimer un avantage.

Exemple :

- retrait d'autorisations, fermeture d'entreprises (art. 35, al. 2 de la loi fédérale sur les explosifs, LExpl, RS 941.41),
- exclusion de futurs marchés publics (art. 13 de la loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41).

Les mesures suivantes sont également considérées comme étant des moyens de contrainte répressifs:

- des sanctions pénales fondées sur l'art. 292 CP (amende en cas d'insoumission à une décision de l'autorité) ;
- des sanctions pénales (peine privative de liberté, peine pécuniaire, amende, travail d'intérêt général, éventuellement en lien avec des mesures, v. *ch. 877 ss*) ;
- des sanctions administratives pécuniaires (art. 100 et 109 de la loi fédérale sur les jeux d'argent, LJAr, RS 935.51 ; art. 49*a* de la loi sur les cartels, LCart, RS 251) ;
- des mesures disciplinaires (par ex. l'art. 17 de la loi sur les avocats, LLCA, RS 935.61).

S'il paraît indispensable de compléter, dans l'acte spécial ou lors de la formulation des conditions d'utilisation des moyens de contrainte administratifs, les règles de base de la loi sur la procédure administrative, on observe les principes suivants : *915*

- Concernant les moyens de contrainte répressifs qui portent atteinte à des droits fondamentaux, une base légale formelle expresse est nécessaire. Même pour les sanctions légères, il est indispensable de prévoir au moins une base légale matérielle (voir *ch. 877 ss* ; voir également le chap. 4 du rapport du Conseil fédéral « sanctions administratives pécuniaires » répondant au postulat 18.4100 CIP-N [FF 2022 776]).
- Les règles qui prévoient des moyens de contrainte doivent être formulées de manière à respecter, dans tous les cas, le principe de la proportionnalité (voir art. 42 PA.
- En règle générale, les sanctions de droit administratif sont liées à une violation fautive des obligations de la personne sanctionnée (voir par exemple ATF 135 II 138 cons. 2.2, ATF 136 II 447 consid. 3). Lorsqu'il ne paraît pas équitable de faire dépendre ces sanctions de l'existence d'une faute (obligations imposées à des grandes entreprises), on peut renoncer à cette exigence. Les dispositions légales doivent indiquer clairement si une faute est nécessaire. Concernant le cas particulier des sanctions administratives pécuniaires (imputabilité subjective), voir notamment le chap. 4.3 du rapport du Conseil fédéral « sanctions administratives pécuniaires ».
- Lorsqu'une violation des obligations peut être punie par plusieurs sanctions de droit administratif (ou à la fois par une sanction administrative et par une sanction pénale), on se demandera si un concours est possible.
- Si la sanction du comportement fautif du destinataire consiste à annuler une décision, il est nécessaire de le prévoir expressément. Il n'est pas toujours aisé de différencier clairement retrait (voir par exemple retrait du permis de conduire en vertu de l'art. 16 LCR, RS 741.01) et révocation. La révocation d'une décision favorable au destinataire (par exemple autorisation, concession, subvention) mais qui est erronée au départ ou l'est devenue par la suite, ne constitue pas une mesure répressive, car le principe de la légalité exige la correction d'une telle décision ; par conséquent, il n'est pas nécessaire que la loi autorise une telle révocation. L'admissibilité d'une révocation doit être appréciée en regard des principes de validité juridique des décisions. Il est conseillé d'élaborer les dispositions légales de manière suffisamment large dans les domaines où l'on doit s'attendre à des cas litigieux.
- Les frais engagés par l'administration pour la mise en œuvre des moyens de contrainte doivent en principe être supportés par la personne qui viole ses obligations. Les moyens de contrainte ordonnés par décision peuvent se fonder sur l'art. 46*a* LOGA (v. Th. Braunschweig, LeGes 2005, p. 9 ss, notamment ch. 3.3, 3.7 et 4). Les émoluments doivent être prévus dans une ordonnance. Les

moyens de contrainte qui ne sont pas fondés sur une décision doivent avoir une base légale (voir par exemple art. 41, al. 1, let. a, PA concernant l'exécution par l'autorité ou un tiers mandaté).

Dispositions régissant la responsabilité

Principe

916 Au moment d'élaborer des règles sur la responsabilité, on n'introduit des dérogations aux règles générales (droit des obligations ou loi sur la responsabilité) que si cela s'avère absolument nécessaire. On veille en particulier à ce que des problèmes similaires soient réglés de manière identique dans toutes les lois.

Exemple :

- les dispositions sur l'assurance responsabilité civile obligatoire de l'art. 16 de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0) correspondent, malgré une densité normative différente, aux art. 63 à 68 LCR (RS 741.01).

917 Dans certains cas, on peut exiger, au lieu d'une assurance, d'autres sûretés. Proposition de formulation :

- « Des sûretés équivalentes peuvent remplacer l'assurance responsabilité civile. »

Responsabilité de la Confédération

918 La responsabilité de la Confédération, de ses fonctionnaires et des organismes qui exécutent des tâches de la Confédération est régie par les dispositions de la loi sur la responsabilité (LRCF, RS 170.32). En vertu de cette loi, la Confédération répond du dommage causé sans droit, sans égard à la faute (voir art. 3, al. 1, et 19). Dans différents domaines, il existe des dispositions spéciales.

Exemples :

- art. 135 à 143 de la loi sur l'armée (LAAM, RS 510.10) ;
- art. 44 de la loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101).

Responsabilité civile dans le droit des obligations

919 La responsabilité extracontractuelle en droit privé est régie par les art. 41 à 61 du code des obligations (CO, RS 220). De nombreuses lois fédérales contiennent en outre des dispositions spéciales.

Exemples :

- art. 58 à 89 LCR (RS 741.01);
- art. 30 ss de la loi sur le génie génétique (LGG, RS 814.91).

920 La responsabilité contractuelle de droit privé est régie par les art. 97 ss CO et par les dispositions concernant les diverses espèces de contrats (voir par exemple art. 321*e* ou 398 s. CO). Il existe en outre plusieurs actes législatifs contenant des dispositions spéciales.

Exemples :

- loi fédérale sur les transports de voyageurs (LTV, RS 745.1) ;
- Convention relative aux transports internationaux ferroviaires dans la teneur du Protocole de modification du 3 juin 1999 (COTIF, voir appendice A, art. 26 ss et appendice B, art. 35 ss, RS 0.742.403.12).

Responsabilité civile professionnelle

921 Pour la formulation des dispositions concernant la responsabilité civile professionnelle, il convient de tenir compte de différents critères : l'assurance responsabilité civile professionnelle doit-elle constituer une condition d'accès à la profession ou une règle professionnelle ? Est-elle incontournable ou une alternative acceptable peut-elle être proposée ? Faut-il prévoir un montant minimum d'assurance ? Quelles sanctions convient-il d'appliquer si l'assurance n'est pas contractée ?
À quel niveau convient-il d'introduire la norme rendant l'assurance obligatoire (loi formelle ou ordonnance) ?

Exemples :

- en tant que condition d'accès à la profession : art. 40, al. 1, let. c, de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1) ;
- en tant que règle professionnelle : art. 12, let. f, de la loi sur les avocats (LLCA, RS 935.61) ;
- sans alternative à l'assurance : art. 16 LChP (RS 922.0) ;
- avec une alternative à l'assurance : art. 12, let. f, LLCA (RS 935.61);
- sans montant minimum d'assurance : art. 40, let. h, de la loi sur les professions médicales (LPMéd, RS 811.11) ;
- avec un montant minimum d'assurance : art. 12, let. f, LLCA (RS 935.61).

Planification

Aperçu

922 Les instruments de planification se divisent en deux catégories distinctes présentant des caractéristiques spécifiques : les plans-programme et les plans territoriaux.

Plan-programme

Définition

923 Le plan-programme est un acte qui représente et concrétise un processus de planification, c'est-à-dire un processus ayant pour but de produire un résultat déterminé sous la forme d'un système cohérent de décisions. Le processus de planification peut être décomposé en phases types :

- la définition de buts ;
- une analyse rétrospective de la situation ;
- une analyse prospective de la situation ;

- le catalogue des mesures à prendre pour atteindre les buts fixés ;
- la définition d'un processus de mise en œuvre ;
- la mise en place d'un mécanisme d'évaluation.

924 La terminologie employée pour désigner les plans-programme varie : plan ; planification ; concept ; conception ; programme ; schéma directeur ; lignes directrices ; grandes lignes ; plan d'intention ; plan stratégique ; objectifs ; orientations ; etc.

Exemples :

- programme de la législature (art. 146 LParl, RS 171.10) ;
- plan directeur des cantons au sens du droit de l'aménagement du territoire (voir art. 6 ss LAT, RS 700) ;
- plan de mesures relatif aux pollutions atmosphériques (voir art. 44a LPE, RS 814.01).
- plan cantonal de gestion des déchets (voir art. 31 ss LPE, RS 814.01).

Effets juridiques

925 Le législateur définit les effets juridiques des plans-programme par le biais de clauses qui précisent leur impérativité. L'effet peut être :

- contraignant (voir art. 9, al. 1, LAT, RS 700 ; art. 44*a*, al. 2, LPE, RS 814.01) ;
- non contraignant (le plan sert de base de décision).

926 À défaut de clauses conférant directement un certain degré d'impérativité à un plan, il est possible de prévoir dans la loi des normes considérant le plan comme un élément destiné à guider l'autorité dans une décision relevant de sa compétence ou pour l'aider à interpréter des notions juridiques imprécises (par exemple la notion de « besoin »). Dans ce cas de figure, le législateur confère indirectement une impérativité aux plans visés. À nouveau, l'effet peut être :

- *contraignant* (conformité au plan ; mention dans le plan) ;
- *non contraignant* (base de décision ; motivation des écarts par rapport au plan).

927 Dans certains cas, la loi exige simplement qu'un plan existe préalablement à l'exécution d'une mesure.

Plan territorial

928 Le plan territorial est une représentation particulière d'un territoire ou d'une entité territorialisée, généralement sous forme de carte. On peut distinguer deux grands types de plans :

- les plans délimitant le champ d'application d'une réglementation ou renvoyant à un statut posé par la loi ;
- les plans décrivant une situation de fait territorialisée.

Plans délimitant le champ d'application d'une réglementation

929 Le premier type de plan peut soit décrire un ou plusieurs territoires pour les délimiter en différentes zones, soit localiser un ou plusieurs objets déterminables spatialement (par exemple un marais, une route, un château). Les zones délimitées serviront à circonscrire le champ d'application d'une réglementation, alors que les objets localisés dans le plan renvoient à un statut déterminé par la loi.

Exemples :

- plan d'affectation (voir art. 14 ss LAT, RS 700) ;
- secteurs de protection des eaux (voir art. 19, al. 1, LEaux, RS 814.20) ;
- mention d'un monument historique à protéger.

Plans décrivant une situation de fait territorialisée

930 Le second type de plan territorial décrit une situation de fait territorialisée sans délimiter le champ d'application d'une réglementation ni renvoyer à un statut défini par la loi.

Exemples :

- consignation des immissions de bruit dans les cadastres de bruit (voir art. 37 OPB, RS 814.41) ;
- recensement des sites pollués par des déchets dans le cadastre des décharges contrôlées et des autres sites pollués par des déchets (voir art. 32*c*, al. 2, LPE, RS 814.01).

Autres instruments

Information et incitation

931 Les instruments d'information sont des moyens non contraignants. Dépourvus de sanction, leur efficacité réside en règle générale dans leur combinaison avec d'autres instruments d'action plus incisifs.

Campagnes d'information

932 Les campagnes d'information ont pour but de faire prendre conscience de l'existence d'un problème précis et des mesures pour y remédier. Si elles s'adressent en principe à l'ensemble de la population, elles peuvent aussi viser seulement les personnes directement concernées (par exemple les toxicomanes en matière de lutte contre le sida, les conducteurs pour les campagnes de prévention de la conduite sous influence de l'alcool, etc.). Ces campagnes n'ont qu'un effet limité dans le temps si elles ne s'inscrivent pas dans un programme qui prévoit encore d'autres instruments plus directifs. C'est pourquoi l'information précède souvent une intervention plus contraignante — afin de préparer d'une certaine manière le terrain et de vérifier les impacts de mesures incitatives — ou l'accompagne de manière à faciliter sa mise en œuvre.

Exemples :

- campagnes d'information sur le sida, l'alcool, le tabac ;
- perception d'une taxe sur les sacs poubelles liée à une campagne d'information sur la manière de produire moins de déchets et sur les déchets recyclables ;
- informations sur l'environnement (art. 10*e* ss LPE, RS 814.01) ;
- informations sur les questions énergétiques (art. 47 de la loi sur l'énergie, LEne, RS 730.0).

Recommandations et mises en garde

933 Les recommandations et les mises en garde sont des invitations pressantes à se comporter d'une manière déterminée, adressées au public en général ou à des destinataires particuliers.

Exemple :

- mise en garde publique des autorités lorsque des denrées alimentaires présentant un danger pour la santé ont été distribuées à un nombre indéterminé de consommateurs (voir art. 54 LDAI, RS 817.0).

934 Sans être juridiquement contraignantes, les recommandations et les mises en garde sont susceptibles de produire des effets de légitimation en vertu du principe de la bonne foi. En l'état actuel de la jurisprudence, l'action en responsabilité contre l'État pour les dommages causés par une mise en garde n'est pas à exclure.

Exemples :

- ATF 116 II 480 (centrale nucléaire de Tchernobyl) ;
- ATF 118 Ib 473 (vacherin Mont d'Or).

935 En fonction des effets potentiels des recommandations et des mises en garde, le législateur sera avisé d'aménager des procédures d'adoption pour certaines recommandations particulières. Si l'intention consiste à créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations, un acte législatif doit être adopté ou, si une base légale existe, une décision prise (voir art. 5 PA).

Conseils

936 Au lieu de recommandations ou de mises en garde, l'État peut émettre de simples conseils. Ces instruments seront choisis de préférence aux recommandations et aux mises en garde si l'on désire opter pour un mode encore moins directif.

Exemple :

- art. 47 LEne (RS 730.0).

Formation et recherche

La formation est un moyen influent d'orientation des comportements. Ses effets, bien qu'étant généralement différés, n'en demeurent pas moins sensibles. L'instruction publique est du ressort des cantons (voir art. 62 Cst.), mais la Confédération est habilitée à légiférer en matière de formation professionnelle (voir art. 63 Cst.), à gérer les écoles polytechniques fédérales, à soutenir les hautes écoles cantonales (voir art. 63*a* Cst.) et à encourager la recherche scientifique et l'innovation (voir art. 64 Cst.) plus particulièrement. *937*

Exemples :

- art. 49 LPE (RS 814.01);
- art. 5 de l'ordonnance sur les déchets (OLED ; RS 814.600) ;
- art. 48 s. LEne (RS 730.0).

Comportement exemplaire des collectivités publiques

Le comportement exemplaire des autorités peut inciter les individus et la société à suivre le modèle qu'elles proposent. *938*

Exemples :

- exemplarité de la Confédération et des cantons en matière de protection du climat (art. 10 de la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique ; FF 2022 2403) ;
- rénovation des bâtiments de la Confédération pour permettre des économies d'énergie ;
- instructions du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 sur l'égalité des chances (FF 2013 7595).

Remise de distinctions et de récompenses

La remise de distinctions et de récompenses est une action symbolique que la collectivité publique peut prévoir afin de motiver les individus à adopter le comportement méritoire. *939*

Exemple :

- Watt d'Or, distinction pour les meilleures performances énergétiques (voir www.wattdor.ch.

Label

Le label est un signe distinctif apposé sur un produit destiné à la vente ou accompagnant un service qui garantit une certaine qualité du produit ou certaines caractéristiques du service. La collectivité publique peut ainsi prévoir d'introduire un nouveau label pour inciter les entreprises à s'y rallier. *940*

Exemple :

- art. 43*a*, al. 1, let. a, LPE : écolabel (RS 814.01).

Instruments partenariaux

Action concertée

941 L'action concertée – que l'on peut opposer à l'action souveraine de l'État - est basée sur un modèle de partenariat et fait passer le consensus avant la décision unilatérale. Elle peut prendre la forme d'un contrat entre les pouvoirs publics et le destinataire de la norme.

Exemple :

- art. 10 de l'ordonnance sur une réserve d'hiver (OIRH ; RS 734.722).

942 Il est également possible de prévoir, de manière générale, que la Confédération collabore avec les cantons et les organisations du secteur économique, qu'elle promeut les accords sectoriels, qu'elle tient compte des mesures d'autorégulation du secteur privé et des accords sectoriels avant d'édicter des dispositions d'exécution ou qu'elle y reprend, dans toute la mesure du possible, le contenu de ces accords.

Exemples :

- art. 41*a* de la loi sur la protection de l'environnement (LPE;RS 814.01);
- art. 4 de la loi sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) ;
- art. 17 de la loi sur le cinéma (LCin ; RS 443.1).

943 Autre forme d'action concertée : déclarer de force obligatoire générale des règles collectives de droit privé.

Exemples :

- loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311) ;
- loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (RS 221.213.15) ;
- déclaration de force obligatoire générale du contrat-type pour l'achat et la vente de lait cru (art. 37, al. 3 de la loi sur l'agriculture, LAgr, RS 910.1).

Autorégulation

944 L'État peut également intervenir de manière indirecte, en enjoignant au secteur privé de s'autoréguler. Il peut par exemple prévoir certaines prescriptions. Afin que le recours à des mécanismes d'autorégulation ne conduise pas à un désengagement de fait de l'État de la tâche publique qu'il a pour mission d'exécuter, le législateur doit concevoir un régime de surveillance approprié et efficace.

Exemple :

- garantie des dépôts conformément aux art. 37*h* à 37*k* de la loi sur les banques (LB, RS 952.0) ;
- art. 27 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF ; RS 958.1) ; le Tribunal fédéral a toutefois annoncé un changement de jurisprudence prochain pour qualifier les sanctions des SRO de droit public

(ATF 2C_887/2018 du 23 mars 2021, relevé dans le rapport de gestion annuel 2021, p. 16) ; il a déjà exprimé des doutes sur l'adéquation des bases légales de ces sanctions ;
- art. 18 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0).

La « loi Damoclès »

La « loi Damoclès » ne déploie que conditionnellement ses effets. Elle définit des objectifs dont le législateur espère qu'ils seront atteints par l'autorégulation, mais prévoit une réglementation subsidiaire en cas d'échec. *945*

Exemple :
- l'art. 8 OEB (RS 814.621) prévoit un taux minimum de recyclage de 75 % pour certains emballages pour boissons. Si ce taux n'est pas atteint, le DETEC peut instaurer un système de consigne ;
- l'art. 4 LIC (RS 944.0) permet au Conseil fédéral de régler la déclaration sur les biens et les services si les milieux économiques n'ont pas réussi à conclure des conventions ou que celles-ci ne sont pas respectées de manière suffisante.

Contrats de droit administratif

La doctrine distingue en matière de contrats de droit administratif les contrats de coordination, qui sont des contrats entre personnes de droit public, et les contrats de subordination, qui sont des contrats entre personnes de droit public et de droit privé régissant leurs rapports officiels. *946*

Les contrats de coordination jouent surtout un rôle majeur en matière de partage de compétences et d'organisation entre les différentes collectivités. Ces contrats sont plutôt rares, dès lors que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons est réglé définitivement dans la Constitution et, à l'intérieur de l'administration fédérale, par les lois et les ordonnances. Il peut toutefois être utile d'en conclure un en cas de compétence parallèle de la Confédération et des cantons ; la Confédération peut aussi adhérer à une convention intercantonale. *947*

Exemples :
- convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (CCoop-HE, RS 414.205) ;
- convention entre la Confédération suisse et les cantons de Vaud et du Valais au sujet du tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard (RS 725.151.1) ;
- arrangement entre la Confédération suisse, représentée par le Conseil fédéral et les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, représentés chacun par leur Conseil d'État, au sujet de la coopération en matière de sauvegarde des intérêts suisses à l'aéroport binational de Bâle-Mulhouse (RS 748.134.4) ;

- convention du 2 septembre 2020 entre la Confédération et les cantons sur l'harmonisation et la mise à disposition commune de la technique et de l'informatique policières en Suisse (Convention TIP ; RS 367.1).)

948 Ces contrats ne peuvent être conclus que s'il existe une base légale correspondante, éventuellement dans un traité international (pour le tunnel du Grand-Saint-Bernard, RS 0.725.151 ; voir art. 4 de la loi fédérale sur l'utilisation de moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités [LMETA ; RS 172.019]). Ils ne remplacent pas une base juridique manquante et ne peuvent pas imposer des obligations aux particuliers concernés.

949 Les contrats de subordination constituent avant tout des instruments d'exécution. Là également, une base légale est requise. Ces contrats ne peuvent combler l'absence de base légale nécessaire à l'action administrative.

Exemple :

- contrats de subvention en vertu de l'art. 16, al. 2, LSu (RS 616.1).

950 En ce qui concerne les contrats de droit public dans le domaine de l'exécution, voir le chapitre sur la mise en œuvre de la législation, *ch. 1093 ss.*

Conventions-programmes

951 Dans le cadre de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), on a introduit l'instrument de la convention-programme (voir le message du 14 novembre 2001, FF 2002 2207 ss) : ce sont des programmes, soutenus financièrement par la Confédération, au travers desquels les cantons réalisent des objectifs convenus avec la Confédération dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral (art. 46, al. 2, Cst.). Les principales caractéristiques des conventions-programmes sont réglées par la LSu (RS 616.1). Elles « fixent les objectifs stratégiques à atteindre en commun et régissent la contribution de la Confédération et, en accord avec le Contrôle fédéral des finances, les modalités de la surveillance financière » (art. 20*a*, al. 1, LSu) et « portent en règle générale sur plusieurs années » (art. 20*a*, al. 2, LSu).

952 Le choix d'une appellation particulière démontre qu'il s'agit d'un mandat de prestations particulier. Les conventions-programmes doivent donc tenir principalement compte du fait que les rapports entre la Confédération et les cantons relèvent du droit public et que l'autonomie organisationnelle et financière des cantons est de rang constitutionnel.

953 Dans certains domaines, notamment celui de l'environnement, on fait un large usage de ce type de conventions (v. le manuel de l'OFEV, www.bafu.admin.ch > Droit > Informations pour spécialistes > Conventions-programmes). Des informations relatives à l'utilisation et les limites des conventions-programmes figurent dans le rapport sur l'évaluation de l'efficacité 2012-2015 de la péréquation financière entre la Confédération et les cantons, pp. 148 à 163 (voir aussi le rapport du

Conseil fédéral du 11 novembre 2020 donnant suite au postulat 19.3001 déposé par la Commission des finances du Conseil national le 18 janvier 2019 concernant la simplification de la mise en œuvre des conventions-programmes conclues entre la Confédération et les cantons).

Exemple :

- art. 36 de la loi sur les forêts (LFo, RS 921.0).
- art. 11 de la loi fédérale sur la politique régionale (RS 901.0).

Délégation de tâches publiques à des tiers

Aperçu

954 Moyennant le respect de certaines conditions déterminées, la mise en œuvre du droit fédéral peut être déléguée à des organismes ou personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration. Lorsqu'ils exécutent le droit fédéral, les délégataires peuvent non seulement être habilités à appliquer le droit (décisions, actes matériels), mais dans une certaine mesure également à édicter des normes (voir Giovanni Biaggini, St. Galler Kommentar (2023), n° 29, art. 178 Cst. ; Etienne Poltier, Commentaire romand (2021), n° 45, art. 178 Cst. ; Markus Müller, Basler Kommentar (2015), N 39 zu Art. 178 BV; Luzius Mader, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung : Anmerkungen aus legistischer Sicht, *ZSR* 123 (2004) Hb. 2, H. 1, p. 3 à 156)

955 À l'appui de la délégation de tâches publiques à des tiers, on peut mentionner les arguments suivants :

- allégement de la charge de travail de l'administration ;
- mise en valeur des connaissances techniques et du savoir-faire des tiers ;
- contacts facilités entre ceux qui prennent des décisions et ceux qui y sont soumis.

956 La délégation de tâches publiques, en particulier de tâches législatives, à des tiers présente également quelques dangers (voir l'avis d'Andreas Glaser « Digitale Verwaltung : Verfassungsrechtliche Anforderungen an die bundesstaatliche Steuerung und Koordination », p. 19 à 26, au nombre desquels on peut citer :

- les risques d'atteintes aux principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit ;
- la restriction des droits de participation démocratiques ;
- le défaut de contrôle démocratique ;
- la relativisation des prescriptions légales ;
- la dépendance de groupes d'intérêts et la commercialisation du droit.

957 Les organismes privés chargés de tâches publiques peuvent adopter n'importe quel statut juridique prévu par le droit privé : association, fondation, société anonyme, société coopérative (voir également JAAC 39 [1975], I, nº 1, p. 1 ss).

958 On exposera ci-après les principes qu'il y a lieu d'observer si l'on envisage, au moyen de règles législatives, une délégation de tâches publiques à des particuliers.

Principes applicables à la législation

959 Au moment d'édicter des dispositions prévoyant la délégation de tâches publiques à des tiers, on se demandera si cette délégation porte sur des compétences réglementaires et d'exécution, ou uniquement sur des compétences réglementaires.

960 La délégation de compétences législatives à des tiers nécessite une base constitutionnelle dans la mesure où l'adoption de règles de droit est en principe réservée à des organes étatiques (voir art. 163 ss et 182 Cst.). Exceptionnellement, lorsque la mise en œuvre d'une tâche fédérale par des particuliers ne peut être réalisée autrement, ces particuliers peuvent être autorisés par une loi formelle à édicter des règles de droit. De telles dispositions d'exécution doivent se limiter à ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la tâche déléguée et ne peuvent prévoir de nouvelles obligations matérielles (voir à ce sujet également Arnold Marti, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung ?, *ZBl* 2000, p. 561 ss, 569 s.).

961 La délégation de compétences d'exécution à des particuliers nécessite une base légale formelle (voir art. 178, al. 3, Cst.). Ce faisant, il faut observer l'art. 164, al. 1, Cst. Lorsque d'importantes tâches d'exécution sont déléguées (en particulier la compétence de prendre des décisions), la loi elle-même doit déterminer les conditions-cadre de la délégation. Lorsque la délégation porte sur des tâches d'exécution secondaires, la loi peut se limiter à mentionner une clause de délégation (« Le Conseil fédéral peut déléguer l'exécution de […] à des organismes privés »).

962 Dans tous les cas, la délégation doit se limiter à des domaines nécessitant des connaissances spécialisées que les particuliers maîtrisent mieux que l'administration en raison de leur proximité avec la matière à réglementer.

963 Les normes légales de délégation à des tiers doivent être aussi précises que celles relatives à l'exécution des tâches par l'administration elle-même.

Exemples de délégation de tâches publiques à des tiers :

- exécution des peines dans des établissements gérés par des exploitants privés (art. 379 CP ; RS 311.0) ;
- perception de la redevance des ménages par un organe extérieur à l'administration fédérale (art. 62 de l'ordonnance sur la radio et la télévision ; RS 784.401) ;
- participation d'organisations et d'entreprises dans le domaine de l'agriculture, y compris la perception d'émoluments (art. 180 de la loi sur l'agriculture ; RS 910.1) ;
- exécution de tâches relevant de la météorologie et de la climatologie par des tiers (art. 6 de la loi fédérale sur la météorologie et la climatologie ; RS 429.1) ;

- mandats de prestations confiés à des tiers en matière de promotion des exportations (art. 3 ss de la loi fédérale sur la promotion des exportations ; RS 946.14).

964 Des particuliers peuvent être obligés de coopérer à l'accomplissement de tâches publiques selon les injonctions de l'autorité. L'obligation de coopérer peut être prévue par voie normative (par exemple dans une ordonnance départementale) ou contractuelle.

Exemples :

- obligations de coopérer des fournisseurs de services de télécommunication prévues à l'art. 21 ss de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1) ;
- obligation de diffuser prévue par l'art. 9 de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40).

965 Les sujets de droit privés sont inclus dans le champ d'application de la loi sur la transparence, si bien que le principe de la transparence s'applique aussi à eux (art. 2, al. 1, let. b, LTrans, RS 152.3).

966 Il est indispensable de prévoir une surveillance de l'État pour s'assurer que l'exécution des tâches s'opère conformément à la loi et que les ressources financières mises à disposition par l'État sont employées de manière conforme à la loi, efficace et économe. Les instruments de surveillance sont notamment les suivants (v. JAAC 54 [1990], III, n° 36. ch. III, et tableau en annexe) :

- approbation des dispositions d'organisation du délégataire ;
- approbation des normes juridiques et des directives édictées par celui-ci ;
- obligation de rendre des rapports ou de tolérer des inspections ;
- présence de représentants des autorités parmi les organes directeurs des sociétés privées.

967 Le pouvoir de surveillance ne s'étend pas au-delà de ce que prévoit la loi, de sorte qu'il faut l'y inscrire non pas sous forme de clause générale, mais en détaillant les moyens à employer, par exemple l'exigence d'approuver les normes juridiques et les directives édictées par les délégataires. Au minimum, il faut habiliter le Conseil fédéral à définir les instruments de surveillance. La compétence de fixer et de percevoir des émoluments doit être prévue par la loi.

968 S'agissant de la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons (voir art. 46 Cst.), il convient d'observer les principes suivants. Compte tenu de l'autonomie organisationnelle des cantons, ceux-ci sont libres, dans le cadre du droit cantonal, de déléguer des tâches fédérales (par exemple l'application du droit fédéral) à des tiers. C'est pourquoi il est superflu de prévoir dans la loi fédérale une clause selon laquelle les cantons peuvent déléguer l'exécution à des particuliers. Par contre la Confédération peut, dans le cadre d'une loi fédérale, exclure ou soumettre à cer-

taines conditions la délégation d'exécution à des particuliers lorsqu'une telle restriction est nécessaire à une bonne mise en œuvre d'une tâche fédérale (voir art. 164, al. 1, let. f, Cst.). En raison de l'autonomie organisationnelle des cantons, il convient d'utiliser cette possibilité avec réserve.

Délimitations

969 Exercer une activité nécessitant une autorisation officielle ou pour laquelle l'administration alloue des subventions ne signifie pas nécessairement être délégataire de l'administration (voir à ce sujet Fritz Gygi, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 56, avec référence aux ATF 107 Ib 5 et aux JAAC 46 [1982], III, nº 41, p. 248). La délégation d'une tâche publique ne doit pas non plus être confondue avec la concession. Cette dernière n'attribue pas au particulier une parcelle de l'administration publique, mais seulement le droit d'exercer une activité, la plupart du temps lucrative, réservée à la communauté par un monopole (voir également à ce sujet Fritz Gygi, *ibid.*, p. 57 et ATF 106 Ib 33, 36 ; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1983, p. 201). Toutefois, dans la mesure où l'on a affaire à une concession de service public (voir par exemple art. 14 ss LTC), l'octroi d'une concession peut également être considéré comme un instrument de la délégation de tâches publiques.

970 Le recours à des particuliers en qualités d'auxiliaires de l'autorité chargée de l'exécution de la tâche publique ne doit pas non plus être assimilé à une délégation de tâche. Dans de tels cas, les particuliers n'ont ni autonomie, ni pouvoir de décision. Ils agissent pour l'autorité en qualité de simples exécutants et en lui fournissant certains services (ou en lui livrant certains biens). Une telle activité ne nécessite pas une base légale. Par contre, il convient d'examiner de cas en cas si le recours à des auxiliaires pour certaines prestations tombe sous le coup de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) et doit ainsi faire l'objet d'une procédure de mise au concours et d'adjudication.

971 La délégation de tâches peut également reposer sur un contrat entre l'État et une entreprise privée (« partenariat public-privé »). Un acteur privé assume la responsabilité d'accomplir de manière efficiente une prestation, tandis que les pouvoirs publics veillent à ce que les objectifs visant le bien commun soient remplis.

Conséquences de la délégation

972 Dans la mesure où des particuliers assument des tâches publiques, ils doivent — comme les autorités fédérales — respecter les droits fondamentaux (voir art. 35, al. 2, Cst.), ainsi que les principes de la légalité et de l'égalité en particulier (voir *ZBl* 1987, p. 205 ss ; Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, *PJA* 2000, p. 515 ss), ce qui implique notamment que les organisations privées n'ont pas le droit de privilégier leurs membres par rapport aux non-membres.

Les rapports entre les particuliers investis de tâches publiques et les tiers concernés sont en principe régis par le droit public. Les décisions contraignantes prises à l'égard des tiers par les organismes privés dans le cadre de l'exécution de leurs tâches sont des décisions au sens de l'art. 5, al. 1, PA et sont, par conséquent, susceptibles de recours. La procédure de recours est régie essentiellement par la PA et la LTF (voir art. 1, al. 2, let. e, et 47, al. 1, let. b et c, PA, art. 82, let. a, LTF). 973

Les employés d'organismes privés, dans la mesure où ils sont chargés de tâches de droit public, agissent en vertu du droit public. Ces personnes doivent respecter leurs devoirs de fonction à l'égard des tiers et sont soumises à l'art. 1, al. 1, let. f, LRCF (RS 170.32) ; cela vaut également pour la responsabilité, la Confédération ne répondant toutefois qu'à titre subsidiaire (voir art. 19 LRCF). 974

Activités commerciales annexes exercées par des unités administratives et des entreprises de droit public

Pour rationaliser davantage l'activité administrative, les offices fédéraux et les entreprises de droit public peuvent étendre leur marge d'action en offrant de nouveaux services sur une base commerciale et en utilisant le gain qu'ils en tirent pour l'accomplissement de leurs autres tâches. On peut envisager que des unités administratives ou des entreprises de droit public fournissent leurs services (par exemple une assistance administrative) non seulement aux autres offices fédéraux, mais à des clients privés (contre une rémunération fixée selon les règles du marché). 975

Cette extension de leur champ d'activité doit se fonder sur une base légale (v. art. 41 LFC, RS 611.0) et respecter certaines exigences constitutionnelles. Si une telle base légale doit être créée, il est recommandé de s'inspirer du modèle suivant, qui tient compte des exigences constitutionnelles : 976

> Art. X Activités commerciales
>
> [1] L'Office fédéral de... / l'unité administrative XY peut offrir des prestations commerciales à des tiers si celles-ci :
>
> a. sont dans un rapport étroit avec les tâches principales de l'unité administrative concernée ;
> b. ne requièrent pas l'engagement de moyens matériels ou personnels supplémentaires importants, et
> c. ne portent pas atteinte à l'accomplissement de la tâche principale.
>
> [2] Les prestations commerciales sont établies sur la base d'un compte significatif des coûts et des prestations à des prix qui couvrent pour le moins les frais.

Il est possible de renoncer au critère de l'al. 1, let. b, ci-dessus (absence d'engagement de moyens matériels ou personnels supplémentaires importants) lorsque

la description des prestations commerciales est bien délimitée quant à son objet (voir par exemple l'art. 4 LMét, RS 429.1).

Médiation et conciliation

977 Pour faciliter l'accès au droit, accélérer les procédures et réduire la charge de travail de l'administration et des tribunaux, il peut se justifier de prévoir des mesures de règlement amiable des conflits, comme la médiation ou la conciliation. Ces deux processus sont proches par le fait qu'ils font intervenir, dans le règlement des conflits, un tiers indépendant et impartial qui, contrairement au juge, n'a pas de pouvoir de décision. Dans la conception généralement admise, le conciliateur peut proposer aux parties des solutions de règlement du conflit, le médiateur cherchant plutôt à les aider à en trouver elles-mêmes. Le tiers peut intervenir dans les conflits entre deux collectivités publiques (voir par exemple art. 44, al. 3, Cst., pour ce qui concerne les différends entre les cantons ou entre la Confédération et les cantons), entre l'administration et un particulier ou entre deux particuliers.

978 À l'heure actuelle, plusieurs lois générales de procédure instaurent la médiation.

Exemples :

- médiation remplaçant la procédure de conciliation (art. 213 ss CPC) ;
- accord amiable et médiation (art. 33*b* PA).

979 Quelques lois spéciales instaurent également des dispositifs de médiation ou de conciliation.

Exemples :

- le Surveillant des prix, saisi d'une demande qu'il estime fondée, peut tenter de trouver un accord amiable avec l'auteur de l'abus allégué (art. 9 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix, LSPr, RS 942.20).
- le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence peut être sollicité en tant que médiateur lorsqu'une demande d'accès à un document officiel est refusée, différée ou limitée (art. 13 LTrans, RS 152.3).

980 La médiation et la conciliation sont en général volontaires, mais, pour autant qu'une base légale le prévoie, elles peuvent constituer une phase préjuridictionnelle obligatoire. Leur caractère consensuel voudrait pourtant qu'elles restent facultatives.

Exemple :

- pour les litiges de droit civil, la procédure au fond est toujours précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC, RS 272).

981 Dans les domaines régis par du droit impératif, la conciliation et la médiation n'ont leur place que si l'autorité de première instance dispose d'une grande latitude dans la constatation et l'appréciation des faits. L'ensemble de l'activité étatique reste en

effet soumis au principe de la légalité (art. 5, al. 1, Cst.). Pour cette raison, si la loi soumet l'exercice d'une activité à une autorisation préalable (voire à un autre acte administratif, tel un plan), une transaction consacrant l'accord des parties au conflit ne pourra pas se substituer à la décision. Le recours à la médiation ou à la conciliation ne doit en effet pas empêcher le contrôle approprié par les tribunaux, en particulier dans le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH : la garantie de l'accès au juge doit être respectée (art. 29*a* Cst.). La transaction prend alors la forme d'une décision (art. 33*b*, al. 4, PA). La loi peut imposer aux parties de renoncer dans la transaction aux voies de droit (art. 33*b*, al. 1, PA).

982 Pour éviter que le conflit ne se cristallise, la conciliation et la médiation devraient intervenir le plus rapidement possible, c'est-à-dire dans la phase non contentieuse de la procédure. Conformément à leur vocation d'informalisme, elles ne devraient être réglementées que dans la mesure où cela est indispensable. En revanche, si on veut favoriser leur expansion, il est indispensable d'informer les administrés sur la possibilité d'y avoir recours. La gratuité constitue un autre moyen de les favoriser.

Statistique

983 La statistique officielle sert à informer sur la population, l'économie, la société et l'environnement. Pour la Confédération, elle est un instrument permettant d'accomplir ses tâches.

Aperçu

984 La loi sur la statistique fédérale (LSF, RS 431.01) ne contient aucune disposition obligeant la Confédération, une organisation soumise à la loi et produisant des données par l'exécution du droit fédéral, des services des cantons ou des communes ou d'autres personnes morales de droit public à traiter certaines données à des fins statistiques. Les données traitées sont déterminées par la législation spéciale.

Collecte de données et organisation d'enquêtes

985 Les principes de la collecte des données sont régis par l'article 4 de la LSF. Cette disposition prévoit une cascade : Tout d'abord, les données de la Confédération, respectivement les données produites par une organisation soumise à la loi lors de l'exécution du droit fédéral, doivent être utilisées pour la statistique fédérale (art. 4, al. 1, LSF). Si de telles données ne sont pas disponibles, les données sont collectées auprès des services des cantons ou des communes ou d'autres personnes morales de droit public, pour autant que les données y soient disponibles (collecte indirecte, art. 4, al. 2, LSF). Ce n'est que lorsque les données nécessaires ne sont pas disponibles à ces deux niveaux qu'un relevé direct auprès de per-

sonnes physiques ou morales entre en ligne de compte (art. 4, al. 3, LSF). Il convient de noter que les enquêtes directes auprès des personnes physiques vivant dans des ménages privés sont en principe facultatives (art. 6, al. 1, LSF). En vertu de l'article 5, alinéa 1, LSF, le Conseil fédéral peut ordonner les enquêtes nécessaires. L'ordre est donné dans l'ordonnance sur les relevés statistiques (celle-ci fait actuellement l'objet d'une révision totale).

Procédure de consultation électronique

986 En vertu de l'art. 4, al. 1bis, LSF, l'OFS peut accéder par procédure d'appel électronique aux données de la Confédération ou d'une organisation soumise à la loi qui sont nécessaires à la statistique, si l'exécution du droit fédéral produit des données chez cette organisation. Le Conseil fédéral détermine quelles organisations donnent accès à l'OFS par procédure d'appel, quelles données et dans quels domaines. Les données dont l'OFS n'a pas besoin doivent être exclues de l'accès. Si l'OFS ne doit pas pouvoir accéder aux données par procédure d'appel, cela nécessite une réglementation dans l'acte législatif spécial correspondant.

Utilisation de données provenant de bases de données cantonales et communales

987 Lorsqu'il ordonne une enquête, le Conseil fédéral détermine dans quelle mesure les cantons et les communes collaborent à son exécution (art. 7, al. 1, LSF). Il peut ordonner la reprise de données de leurs banques de données, pour autant que la base juridique de la banque de données n'exclue pas expressément l'utilisation à des fins statistiques et qu'il n'existe pas d'obligation de garder le secret (art. 7, al. 2, LSF). Les obligations de garder le secret ne peuvent en principe être opposées à une telle reprise que si la base juridique du fichier exclut expressément son utilisation à des fins statistiques. Lors de l'adoption ou de la modification d'une loi spéciale, il convient de s'assurer que le rapport entre l'article 7, alinéa 2, LSF et les éventuelles obligations de garder le secret est réglé de manière suffisamment claire dans la loi spéciale.

Principe du « une fois » et principe de l'utilisation multiple des données

988 Lors de la réalisation du principe « once-only » et du principe de l'utilisation multiple des données, il convient de respecter le principe de la finalité, car les données personnelles ne peuvent être traitées que de manière compatible avec la finalité (art. 6, al. 3, LPD). Le degré de précision nécessaire de la disposition dans la loi formelle pour mettre en œuvre le principe « once-only » ne peut pas être fixé de manière abstraite. Dans ce contexte, les dispositions relatives à la protection des données revêtent une importance particulière (voir également le chapitre 14 Protection des données).

Si différents domaines juridiques sont concernés, il convient de prévoir des dispositions symétriques dans les différentes lois spéciales. Celles-ci devraient comprendre des règles concernant le but de la

16 Commissions extraparlementaires

Aperçu

989 Les commissions extraparlementaires sont des organes permanents institués par la Confédération, qui assument des tâches publiques pour le compte du gouvernement et de l'administration.Elles conseillent le Conseil fédéral et l'administration fédérale dans l'exercice de leurs tâches. Elles ne prennent de décisions que si une loi fédérale les y habilite. Les conditions-cadres régissant la constitution des commissions extraparlementaires (composition, durée du mandat, durée de fonction, indemnisation, etc.) sont réglées dans la LOGA (art. 57*a* ss, RS 172.010) et dans l'OLOGA (art. 8*a* ss, RS 172.010.1). Le Conseil fédéral institue de telles commissions par le biais d'une décision et en nomme les membres (art. 57*c*, al. 2, LOGA). Toutes les commissions extraparlementaires sont énumérées dans l'annexe 2 de l'OLOGA (art. 8, al. 2, OLOGA). Il faut relever dans ce contexte que cette forme d'organisation des autorités est régulièrement mise en cause dans des interventions parlementaires et dans les médias, notamment en ce qui concerne leur composition, leurs prestations, leurs coûts et leur utilitié. Des informations supplémentaires, notamment les actes d'institution, sont disponibles sous www.admin.ch > Documentation > Commissions extraparlementaires.

990 L'art. 8*a* OLOGA distingue les commissions décisionnelles des commissions consultatives. Ces deux types de commissions sont présentés ci-après.

Commissions décisionnelles

991 Les commissions décisionnelles disposent, comme leur nom l'indique, d'un pouvoir de décision. Elles peuvent être chargées de tâches diverses allant de la surveillance (par exemple la COMCO) à la gestion d'examens (par exemple la Commission d'examens du secteur vétérinaire public). Elles se fondent obligatoirement sur une base légale formelle (voir art. 57*a*, al. 2, OLOGA).

Exemples :

- Commission fédérale pour la qualité (art. 58 LMal ; RS 832.10) ;
- Commission du Parc national (art. 4 s. de la loi sur le Parc national ; RS 454) ;
- Commission de la concurrence (art. 18 ss de la loi sur les cartels ; RS 251) ;
- Commission fédérale des maisons de jeu (art. 94 ss de la loi sur les jeux d'argent ; RS 935.51) ;
- Commission de la communication (art. 56 s. de la loi sur les télécommunications ; RS 784.10).

Commissions consultatives

On appelle commissions consultatives toutes les commissions qui ont une fonction consultative ou préparatoire. Leurs tâches peuvent concerner tous les domaines de compétences de la Confédération. *992*

Exemples :

- Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique (ordonnance sur la Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique ; RS 172.327.8) ;
- Commission consultative pour l'agriculture (art. 186 de la loi sur l'agriculture ; RS 910.1) ;
- Commssion fédérale d'éthique (art. 28 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée ; RS 810.11) ;
- Commission fédérale du design (art. 10 ss de l'ordonnance sur l'encouragement de la culture ; RS 442.11).

5ème partie : Entrée en vigueur, mise en œuvre et évaluation

17 Champ d'application temporel

Entrée en vigueur

Bases

993 Un acte déploie ses effets juridiques dès son entrée en vigueur. Celle-ci définit donc une partie du champ d'application temporel d'un acte. Sa fixation fait partie des éléments inhérents à l'édiction de nouvelles dispositions. Les nouvelles obligations naissent au moment de la publication dans le RO (art. 8 LPub, RS 170.512; exception pour les modifications de la Cst., v. *ch. 995*;).

994 On parle de mise en vigueur pour la décision de l'organe compétent de faire entrer en vigueur un acte législatif à une date déterminée. Il convient de tenir compte des aspects suivants pour déterminer ce moment :

- Les cantons et les autres entités de mise en œuvre concernées doivent être informés et impliqués à temps et de manière adéquate en ce qui concerne les débats parlementaires et les projets d'ordonnance, v. *ch. 1122 ss*.
- Le service juridique de la Chancellerie fédérale doit être consulté :
  - lorsque la mise en vigueur d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral est effectuée par le Conseil fédéral ; ou
  - lorsque, à cause de la date d'entrée en vigueur prévue, la publication dans le RO risque de ne pas pouvoir être effectuée à temps.
- Pour la mise en vigueur d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral, une décision du Conseil fédéral est nécessaire, pour autant que la loi ou l'arrêté ne prévoient pas eux-mêmes l'entrée en vigueur. Dans la plupart des cas, l'ordonnance d'exécution est adoptée en même temps que l'arrêté d'entrée en vigueur de la loi et est mise en vigueur à la même date que la loi. Pour soumettre au Conseil fédéral une proposition de date d'entrée en vigueur, il faut observer les règles applicables à la consultation des offices et à la procédure de co-rapport (v. *ch. 11 ss*).

Exemples :

- décision du Conseil fédéral du 12 juin 2015 sur la mise en vigueur de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (RO **2015** 2217 et 2221) ;
- décision du Conseil fédéral du 24 juin 2015 sur la mise en vigueur de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (RO *2015* 2407 et 2423).

Moyen auxiliaire :

- DTL, ch. 171 ss.

Organe responsable

Constitution fédérale

995 Dans certains cas, l'arrêté fédéral concernant les nouvelles dispositions constitutionnelles contient une norme de délégation relative à l'entrée en vigueur. Dans la plupart des cas, sauf si l'acte le prévoit autrement, les modifications de la Constitution entrent en vigueur dès leur acceptation par le peuple et les cantons (art. 195 Cst. ; v. *ch. 1001*).

Exemples :

- délégation à l'Assemblée fédérale dans l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, ch. III, FF 1999 7831 ;
- arrêté fédéral du 13 décembre 1996 concernant la suppression de la régale des poudres, RO 1998 918 ;
- initiative populaire (rejetée) « Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums) », ch. II, art. 197, ch. 8, al. 3, FF 2011 853.

Lois fédérales et ordonnances de l'Assemblée fédérale

996 Les lois fédérales et les ordonnances de l'Assemblée fédérale entrent en principe en vigueur à la date fixée dans l'acte. Ainsi, l'Assemblée fédérale ou le peuple, en cas de votation populaire, décide de l'entrée en vigueur.

Exemple :

- pour donner aux cantons le temps de faire les adaptations nécessaires, la loi fédérale en matière d'assistance a été modifiée comme suit : « [la loi] entre en vigueur, en l'absence de référendum, quatre ans après l'échéance du délai référendaire ou, en cas de référendum, quatre ans après son acceptation par le peuple. » (FF 2012 8903).

997 Il est toutefois dérogé au principe si fréquemment que la règle en devient presque une exception. En effet, dans la plupart des cas, les actes législatifs du Parlement contiennent une délégation en faveur du Conseil fédéral, qui est ainsi chargé de fixer la date d'entrée en vigueur. Il est dès lors nécessaire d'examiner quels motifs plaident pour une mise en vigueur par le Parlement lui-même ou pour une délégation. Bien qu'il soit possible que le Parlement fixe lui-même aussi l'entrée en vigueur dans un arrêté distinct, une délégation est en pratique toujours adressée au Conseil fédéral.

Ordonnances du Conseil fédéral ou d'instances qui lui sont subordonnées

998 La date de l'entrée en vigueur des ordonnances du Conseil fédéral ou d'instances qui lui sont subordonnées est fixée par ces entités mêmes.

Date d'entrée en vigueur

Généralités

999 Plusieurs possibilités existent pour la date de l'entrée en vigueur : entrée en vigueur avec effet immédiat (au moment de l'adoption, v. *ch. 1001* ss), entrée en vigueur à une date ultérieure, entrée en vigueur avec effet rétroactif (v. *ch. 1010* ss). L'acte peut également entrer en vigueur de manière intégrale ou par étapes (v. *ch. 1012 ss*).

1000 Un certain nombre d'éléments doivent être pris en compte au moment de fixer la date d'entrée en vigueur:

- Un acte législatif soumis au référendum ne peut entrer en vigueur que lorsque le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé ou lorsque le projet a été accepté en votation populaire (conditions positives).
- La loi sur les publications officielles prévoit que les actes de la Confédération sont à publier dans le RO au moins cinq jours avant leur entrée en vigueur (art. 7, al. 1, LPubl, RS 170.512). Dans l'idéal, il faudrait toutefois prévoir quatre semaines entre la publication et l'entrée en vigueur.
- Les actes doivent en principe entrer en vigueur le plus rapidement possible, en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des acquis sociaux.
- La date doit être fixée en fonction de motifs objectifs, et non arbitrairement. Des intérêts purement financiers ne sauraient suffire pour retarder l'entrée en vigueur d'allègements fiscaux ou de subventions plus élevées (ATF 130 I 174, p. 179, consid. 2.3).
- Le Conseil fédéral ne peut pas retarder l'entrée en vigueur d'une loi au simple motif qu'elle lui déplaît ou qu'elle s'éloigne trop de son projet. Le législateur adopte des lois pour qu'elles soient mises en œuvre. Retarder leur entrée sans raisons objectives irait à l'encontre de la démocratie et du principe de la séparation des pouvoirs (v. Müller/Uhlmann, p. 116 ; Yvo Hangartner, PJA 7/2006, p. 864). La seule latitude du Conseil fédéral concerne la fixation de la date d'entrée en vigueur (v. JAAC 58 [1994], I, nº 2, p. 56).
- La date choisie ne doit, quant au sens et au but de la loi, ni favoriser ni désavantager personne, notamment des groupes qui pourraient s'attendre à des avantages ou des inconvénients des points de vue économique ou politique (v. JAAC 32 [1964–65], nº 11, p. 23 ss avec exemples).
- Certains actes (par ex. CC) nécessitent une adaptation du droit cantonal ou présuppose une réorganisation de l'administration. Il convient d'impliquer les cantons dans la planification de la mise en œuvre avant la décision de mise en vigueur (v. *ch. 1074 ss*). Dans les domaines où il revient aux cantons d'assurer la mise en œuvre de la législation fédérale, il est important de prévoir un délai suffisant, selon les cas, un à trois ans entre le vote final et l'entrée en vigueur.

Exemple :

- modification du CC (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 19 décembre 2008, entrée en vigueur le 1er janvier 2013 (RO 2011 725).

- Il peut arriver que l'interdépendance de la matière d'une loi avec celle d'un autre acte législatif constitue un motif suffisant pour retarder l'entrée en vigueur du premier acte législatif jusqu'à ce que la procédure législative concernant le second soit parvenue à un certain stade. Une telle éventualité peut se produire par exemple lorsqu'une loi règle le droit matériel et l'autre le droit formel, et notamment les dispositions de procédure. Mais il peut également arriver que des dispositions matérielles d'actes législatifs distincts soient si étroitement interdépendantes qu'il se justifie de ne mettre en vigueur l'un des actes législatifs qu'en fonction de l'autre.
- Le choix d'une date d'entrée en vigueur peut également être guidé par des considérations d'opportunité, en particulier lorsqu'une autre date compliquerait l'application pratique d'une loi.

Exemple :

- pour des raisons d'opportunité, on a veillé à ce que la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RO 1992 2463, RS 312.5) entre en vigueur en même temps que la Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (RS 0.312.5), à savoir le 1er janvier 1993.

- Il arrive souvent que la loi nécessite une ordonnance d'exécution. Dans un tel cas, la loi devrait être mise en vigueur à la même date que l'ordonnance.
- En certaines circonstances, il est recommandé d'inviter les cantons et les associations à prendre position avant la décision d'entrée en vigueur. Les besoins de l'économie privée doivent également être pris en compte.

Entrée en vigueur avec effet immédiat

Constitution

1001 Les modifications de la Constitution fédérale entrent généralement en vigueur le jour de leur acceptation par le peuple et les cantons, à moins que l'arrêté fédéral (le projet soumis au vote) n'en dispose autrement (voir art. 195 Cst.), même si le résultat de la votation n'a pas été validé et que le texte n'a pas été publié dans le RO ; le texte constitutionnel peut être supposé connu à la suite de la publication préalable du texte de l'arrêté dans la Feuille fédérale. Pour des motifs impérieux, on peut toutefois fixer une autre date d'entrée en vigueur dans les dispositions transitoires de l'arrêté fédéral correspondant.

Exemples :

- arrêté fédéral du 3 octobre 2003 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), accepté en votation populaire le 28 novembre 2004, entré en force le 1er janvier 2008 (RO 2007 5765) ;
- arrêté fédéral du 19 mars 2004 sur un nouveau régime financier, accepté en votation populaire le 28 novembre 2004, entré en force le 1er janvier 2007 (RO 2006 1057) ;
- arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, accepté en votation populaire le 12 mars 2000, entrée en force le 1er avril 2003 et à plusieurs autres échéances (RO 2002 3148).

Lois fédérales

1002 Les lois fédérales urgentes entrent habituellement en vigueur le jour même de leur adoption par le Parlement ou le jour suivant. Il arrive que les lois fédérales urgentes entrent en vigueur non pas immédiatement après leur adoption mais, lorsqu'elles contiennent une disposition expresse à ce sujet, à une date ultérieure. Si les projets sont rejetés dans le cadre d'un référendum , ils doivent, d'après l'art. 165, al. 2, Cst., cesser d'être en vigueur une année après leur adoption par l'Assemblée fédérale. Si on ajourne la date d'entrée en vigueur, la durée de validité de l'acte en est raccourcie d'autant.

Exemples :

- Modification du 18 décembre 2020 de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19) (RO 2020 5821 ch. III prévoit partiellement l'entrée en vigueur rétroactive).
- La modification du 16 décembre 2022 de la loi Covid 19 a été déclarée urgente, mais n'est entrée en vigueur que le 1er janvier 2023 (RO 2022 817).

Ordonnances

1003 Il arrive également que les ordonnances entrent immédiatement en vigueur. Exceptionnellement, un texte peut être publié au plus tard le jour de son entrée en vigueur si cela est nécessaire pour lui permettre de déployer pleinement ses effets, le jour même ou le lendemain de son adoption. On parle de publication urgente (art. 7, al. 3, LPubl, RS 170.512).

1004 Si la plateforme n'est pas disponible (art. 7, al. 4, LPubl), la publication s'effectue par d'autres moyens (courriel aux chancelleries d'État, aux services de consultation visés à l'art. 18 LPubl et à d'autres destinataires éventuels). On parle de publication extraordinaire. Les textes sont publiés dès que possible dans le RO.

Exemple :

- voir la liste des publications urgentes tenues par la Chancellerie fédérale (accessible à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Recueil officiel > Publications urgentes).

Autres remarques

1005 Lorsqu'il est prévu de faire entrer l'acte en vigueur immédiatement, on se posera les questions suivantes :

- Existe-t-il des motifs justifiant une entrée en vigueur immédiate ?
- Les conditions d'une publication urgente sont-elles réunies ?
- Ne peut-on pas faire entrer l'acte législatif en vigueur à une date ultérieure ?

1006 Même lorsqu'il paraît opportun de mettre en vigueur un acte législatif rapidement, il est recommandé d'éviter une mise en vigueur immédiate et de prévoir suffisamment de temps pour une publication officielle. Un acte dont l'entrée en vigueur prend effet immédiatement présente l'inconvénient de ne pas avoir été préalablement publié selon les voies ordinaires ; il n'est dès lors pas applicable en toutes circonstances. Dans la mesure du possible, même en cas de publication extraordinaire, il faudrait aménager un certain délai jusqu'à l'entrée en vigueur.

1007 En outre, le moment de l'entrée en vigueur ne devrait pas être le même que celui de la décision : si l'on n'a pas précisé le moment de l'entrée en vigueur, l'acte législatif entre en vigueur à 00:00 heures le jour où la décision est prise et a ainsi un effet rétroactif. Pour cette raison, il est recommandé de mettre l'acte législatif en vigueur à une heure précise du jour où la décision est prise ou, mieux, de ne le faire entrer en vigueur que le lendemain. Par exemple : « Cette ordonnance entre en vigueur le 13 janvier 2016 » ou « Cette ordonnance entre en vigueur le 13 janvier 2016, à 18 heures ».

1008 Si on envisage une entrée en vigueur immédiate, on tiendra compte aussi des observations suivantes :

- Si les lois fédérales doivent être déclarées urgentes, il y a lieu de le préciser déjà dans le message.
- Si la plateforme de publication n'est pas disponible, il faut entreprendre à temps les travaux préparatoires en vue d'une publication extraordinaire.

Entrée en vigueur à une date ultérieure

1009 Le Parlement peut fixer librement la date d'entrée en vigueur des lois. Il doit toutefois prendre en considération un certain nombre d'éléments : tout d'abord, un acte législatif ne peut entrer en vigueur que lorsque le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé ou lorsque le projet a été accepté en votation populaire. En outre, le résultat de la votation doit être préalablement validé. Puis, les lois doivent pouvoir être mises en œuvre : les personnes chargées de leur mise en œuvre (Conseil fédéral et administration, cantons, tribunaux, particuliers) ont besoin du

temps nécessaire pour s'y préparer (voir planification de la mise en œuvre *ch. 1074 ss*).

Entrée en vigueur avec effet rétroactif

En ce qui concerne l'entrée en vigueur avec effet rétroactif, il s'agit de savoir s'il est possible et nécessaire de mettre en vigueur un acte législatif à une date antérieure à celle de la décision d'entrée en vigueur. L'acte n'entre, à proprement parler, pas en vigueur avant sa publication, mais s'applique à des faits survenus avant sa publication. *1010*

Si une loi fédérale ou un arrêté fédéral produit des effets dès son adoption, et avant sa publication dans le RO — par exemple durant le délai référendaire —, l'acte législatif doit le mentionner expressément. *1011*

Pour plus d'informations sur l'effet rétroactif, voir *ch. 1030 ss*.

Entrée en vigueur intégrale ou échelonnée

En principe, un acte législatif entre en vigueur intégralement. Il peut toutefois s'avérer nécessaire de mettre en vigueur certaines parties d'un acte avant ou après les autres, raison pour laquelle on examinera si des dispositions isolées doivent être mises en vigueur indépendamment du reste de l'acte législatif. *1012*

Pour certaines raisons (pour réaliser le plus rapidement possible un objectif, à cause des difficultés d'exécution dans certains domaines ou de problèmes d'organisation, etc.) il arrive de mettre en vigueur par étapes les dispositions d'un acte législatif. *1013*

Exemples :

- art. 34 de la loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7) : entrée en vigueur le 15 juillet 2007 et à plusieurs autres échéances ;
- art. 32 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.71) : entrée en vigueur le 1er avril 2008 et à plusieurs autres échéances ;
- arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, accepté en votation populaire le 12 mars 2000, entrée en force le 1er avril 2003 et à plusieurs autres échéances (RO 2002 3148).

Si le législateur donne la compétence au Conseil fédéral de fixer lui-même la date d'entrée en vigueur, une telle délégation contient également l'autorisation de mettre en vigueur l'acte législatif par étapes, et ce même si cette autorisation n'a pas été mentionnée expressément dans l'acte législatif. *1014*

Exemples :

- art. 34 de la loi du 12 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl; RS 734.7; entrée en vigueur le 15 juillet 2007 et à des dates ultérieures);

- art. 32 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (OApEl; RS 734.71; entrée en vigueur le 1er avrl 2008 et à des dates ultérieures);
- art. 73, al. 2, de la loi du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration (voir RO 1979 114 et 679).

1015 Lorsque l'acte législatif est mis en vigueur par étapes, il est nécessaire de préparer une ordonnance du Conseil fédéral relative à l'entrée en vigueur si des dispositions transitoires ou introductives doivent être édictées ou si la date d'entrée en vigueur de la partie concernée de l'acte n'a pas encore pu être fixée (voir également ch. 176 ss. et 245 ss. DTL).

Abrogation et suspension

Abrogation

Généralités

1016 L'acte législatif perd en principe sa validité par son abrogation (sous réserve des dispositions transitoires du nouveau droit). En cas de suspension, au contraire, l'acte législatif modifié ne perd sa validité que de manière passagère et « renaît » lorsque l'acte législatif modificateur est abrogé.

Abrogation formelle

1017 L'acte législatif à *durée de validité limitée* est sans autres caduc à la fin de sa période de validité. Un arrêté d'abrogation particulier n'est pas nécessaire.

1018 Une prolongation de la durée de validité peut, lors d'une révision partielle, être obtenue en complétant la disposition originale sur la durée de validité par un nouvel alinéa contenant la prolongation. De cette manière, la durée de validité initialement prévue reste apparente dans l'acte ainsi modifié (voir ch. 334 DTL).

Exemples :

- art. 9, al. 2, de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les sociétés de capital-risque (RO 2000 1019; RS 642.15)
- art. 17, al. 6, de l'ordonnance du 3 décembre 2010 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (modification du 3 décembre 2010, RO 2010 6163).

1019 Les actes législatifs de *durée illimitée* sont valables pour une durée indéterminée. Ils ne contiennent par conséquent aucune disposition relative à leur abrogation. Un acte législatif ou des dispositions isolées de durée illimitée ne peuvent être abrogés que par un acte législatif plus récent ayant au moins le même niveau et contenant (souvent en annexe) les dispositions abrogatoires. L'acte législatif antérieur n'entre évidemment pas à nouveau en vigueur lorsque l'acte qui l'a abrogé est à son tour abrogé.

Lors de l'abrogation, il convient de veiller au respect du parallélisme des formes : en principe, seul peut être abrogé du droit de niveau égal (une disposition constitutionnelle par une disposition constitutionnelle, une loi fédérale par une loi fédérale). Si une ordonnance du Conseil fédéral devient nulle suite à l'abrogation de la loi fédérale qui lui servait de base légale, elle ne peut pas être abrogée directement par la nouvelle loi fédérale, mais uniquement par une nouvelle ordonnance du Conseil fédéral. Les ordonnances ne sont pas automatiquement abrogées lorsque la loi de degré supérieur est modifiée ; au contraire, elles nécessitent une abrogation formelle de la part de l'organe qui les a édictées (en règle générale par l'adoption d'une nouvelle ordonnance). La pratique admet que les nouvelles ordonnances du Conseil fédéral n'abrogent pas seulement les anciennes, mais abrogent également les ordonnances des départements et des offices, toutefois seulement lorsque ces derniers n'en ont pas édicté de nouvelles. *1020*

Au moment d'abroger un acte législatif, on tiendra compte des observations suivantes : *1021*

- Le nouvel acte législatif recouvre-t-il l'intégralité du contenu du précédent et celui-ci doit-il être abrogé dans sa totalité ou certaines parties continuent-elles de rester en vigueur ?
- Le nouvel acte législatif englobe-t-il plusieurs autres actes encore en vigueur, et ceux-ci doivent-ils être tous abrogés ?

Exemple :

- l'ordonnance du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations de la Confédération (voir art. 22, RS 510.411) a abrogé non seulement l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile, mais également l'ordonnance du 1er mai 1990 concernant la protection de informations militaires ;

Si un acte législatif est abrogé sans être remplacé, on préparera un arrêté d'abrogation particulier. *1022*

Exemple :

- abrogation le 11 mars 1991 de l'ordonnance sur la protection des valeurs patrimoniales de l'État du Koweït en Suisse (voir RO 1991 788). De tels arrêtés d'abrogation sont publiés de la même manière que les arrêtés d'entrée en vigueur.

Abrogation matérielle

Deux normes juridiques différentes peuvent se contredire, sans que la norme la plus récente n'ait abrogé formellement la plus ancienne. Pour savoir laquelle des normes appliquer, on utilisera les méthodes usuelles d'interprétation. L'abrogation matérielle concerne l'application du droit et non la procédure législative. Toutefois, la procédure législative, qui détermine la manière dont la loi a été élaborée et *1023*

formulée, peut avoir une influence sur l'application du droit : si l'environnement normatif a été examiné soigneusement lors de la préparation de l'acte législatif et si l'acte a été libellé avec autant de soin, les cas d'abrogation matérielle peuvent être réduits au minimum. Si l'acte a été mal intégré dans son environnement normatif, les cas d'abrogations matérielles ne peuvent que difficilement être évités (voir *ch. 576*).

Suspension

1024 Si un acte législatif de durée illimitée est modifié par un acte à durée de validité limitée, les dispositions de l'acte de durée illimitée retrouvent plein effet lors de l'abrogation de l'acte de durée limitée (suspension d'un acte législatif).

1025 Dans la mesure du possible et pour des motifs de sécurité du droit, on renonce à la suspension, en particulier lorsque l'acte législatif modifié a déjà subi plusieurs modifications. En cas de suspension assez longue, l'établissement de la teneur qu'avait l'acte législatif modifié avant la suspension peut donner lieu à certaines difficultés. Il existe toutefois également de bonnes raisons de ne modifier un acte législatif que temporairement.

Exemples :

- la modification de la loi sur l'asile par un arrêté fédéral de portée générale urgent du 22 juin 1990 sur la procédure d'asile a été limitée au 31 décembre 1995 (voir RO 1990 938) ;
- les propositions de modification de la PA, de l'OJ et de la PPF dans la perspective du traité EEE n'auraient été valables qu'aussi longtemps que le traité EEE eût été en vigueur, sans quoi, si la Suisse s'était retirée de l'EEE (voir Message complémentaire II au message relatif à l'accord EEE, FF 1992 V 715 ss), les dispositions de procédure devant les autorités fédérales prises dans le contexte de l'EEE auraient continué de s'appliquer.

1026 Une forme particulière de suspension est l'abrogation momentanée d'un acte législatif sans disposition de remplacement. Une suspension de ce type ne devrait être décidée qu'exceptionnellement.

Exemple :

- le 9 septembre 1993, l'ordonnance du 30 juin 1993 instituant des mesures économiques à l'encontre de Haïti a été sans autres suspendue (voir RO 1993 2581) ; le 21 octobre 1993, cette ordonnance est à nouveau entrée en vigueur (voir RO 1993 2953).

Application du droit dans le temps

Principes

Les règles relatives à l'application du droit dans le temps précisent la durée de validité des normes. Elles fixent le domaine de validité de l'ancien et du nouveau droit. *1027*

On appliquera les principes suivants : *1028*

- La loi règle les conséquences juridiques de fait qui se produisent durant la période où elle est en vigueur. Cela signifie par conséquent deux choses :
  - que les faits qui se produisent après l'entrée en vigueur d'une loi sont régis par le nouveau droit. Cette exigence a pour fondement le principe de l'égalité, ainsi que l'intérêt public nouveau à l'origine de la modification législative ;
  - Qu'un acte ne peut en principe pas rétroagir (voir toutefois exceptions ci-après).
- Les principes en matière de délégation de compétences réglementaires doivent également être pris en compte dans l'élaboration du droit transitoire (voir *ch. 707 ss*). Dans la mesure où, en vertu de ces principes, on doit réglementer une matière déterminée dans une loi formelle, le droit transitoire qui s'y rapporte doit également figurer, dans ses grandes lignes, dans la loi formelle. *1029*

Rétroactivité

Aperçu

La rétroactivité, qu'elle soit défavorable ou favorable aux intéressés, est en principe proscrite (voir ATF 125 I 182, 186 ; 119 Ib 103, 110). On ne peut imposer à quiconque des obligations qu'il ignorait au moment des faits, avec lesquelles il ne pouvait compter et auxquelles il ne pouvait pas se conformer. On distingue entre rétroactivité proprement dite et rétroactivité improprement dite. *1030*

Rétroactivité proprement dite

Par rétroactive proprement dite, on entend l'application d'un nouveau droit à des fait s'étant réalisés et achevés sous un ancien droit (voir ATF 138 I 189 consid. 3.4; 119 Ia 154, 160). Des faits sont considérés comme réalisés et achevés lorsque les éléments constitutifs d'un fait juridique donné ont été accomplis, autrement dit lorsque les sujets de droit concernés ne peuvent plus influer sur le déroulement des faits. Dans le cas de la rétroactivité proprement dite, des faits réalisés entièrement dans le passé sont donc, après coup, soumis à de nouvelles règles. *1031*

Exceptionnellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet une rétroactivité défavorable aux administrés aux conditions suivantes (voir ATF 138 I 189 consid. 3.4, 126 V 134, consid. 4a; 125 I 186 consid. 2c/cc; 124 III 266, 271; 122 V 405, 408; 119 Ia 154, 160; 119 Ib 103, 110; 92 I 226, 233; ATAF 2013/6 consid. 5.3; 2009/3 consid. 3.4; ATAF 2007/25 consid. 3.1) :

- la rétroactivité doit avoir été expressément prévue par l'acte législatif ou pour le moins clairement voulue ;
- elle doit être raisonnablement limitée dans le temps (elle ne devrait pas excéder une année) ;
- elle doit être justifiée par des motifs pertinents ;
- elle ne doit pas entraîner d'inégalités choquantes ou porter atteinte à des droits de tiers ;
- elle doit être justifiée par des intérêts publics prépondérants ;
- elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis. Les droits acquis sont des droits de valeur patrimoniale vis-à-vis de l'État, fondés sur un statut juridique particulier octroyé par celui-ci, statut préservé contre les modifications législatives en raison de la protection de la bonne foi et de la garantie de la propriété (devoir d'indemniser en cas de révocation) ;

Le pouvoir conféré au Conseil fédéral de fixer la date d'entrée en vigueur n'inclut pas celui d'assortir la mise en vigueur d'une clause de rétroactivité.

Exemples :

- loi fédérale sur les droits de timbre (modification du 19 mars 2010, RO 2010 3317) ;
- ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (modification du 18 juin 2010, RO 2010 2833) ;
- ordonnance sur le personnel du domaine des EPF (modification du 11 décembre 2009, RO 2009 809).

Rétroactivité improprement dite

1032 Par rétroactivité improprement dite, on entend l'application d'un nouveau droit à des faits non imités dans le temps. Les faits ont commencé sous l'ancien droit et sont encore en cours de réalisation au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 133 II 97 consid. 4.1, 122 II 113 consid. 3b/dd.). Or, il est autorisé de soumettre à nouvelles règles des faits non limités dans le temps, pour autant que cela ne porte pas atteinte à des droits acquis (ATF 126 V 134 consid. 4a, 124 III 266 consid. 4e, 122 II 113 consid. 3b/dd.).

Effet ex ante

1033 L'effet *ex ante* d'un acte législatif ou l'effet anticipé signifie qu'un nouvel acte déploie ses effets juridiques bien qu'il ne soit pas encore entré en vigueur. Il existe deux types d'effet anticipé :

- Il y a effet anticipé positif lorsque le droit futur, à condition qu'il soit mis plus tard en vigueur, est appliqué comme du droit déjà en vigueur. L'effet anticipé positif n'est en principe pas admissible à cause du principe de la légalité.
- Il y a effet anticipé négatif lorsque le droit en vigueur ne s'applique plus jusqu'à

l'entrée en vigueur du nouveau droit. L'effet anticipé négatif n'est admissible qu'à la condition que le droit en vigueur le prévoie, qu'il se base sur des motifs pertinents, qu'il ne crée pas d'inégalités et qu'il ne porte pas atteinte à des biens juridiquement protégés par la garantie de la propriété ou le principe de la confiance. Son usage est fréquent dans le domaine du droit de la construction et de l'aménagement du territoire (voir ATF 118 Ia 510).

Modification du droit en cours de procédure

1034 Une modification du droit en cours de procédure peut provenir soit d'une modification d'une loi de procédure, soit d'une modification d'une règle de droit matériel.

1035 En cas de modification du droit procédural, les étapes de la procédure postérieures à l'entrée en vigueur du nouveau droit sont en principe soumises à ce dernier ; il arrive que l'on prévoie de continuer d'appliquer l'ancien droit jusqu'à la prochaine décision susceptible de recours, mais de soumettre toutefois le recours au nouveau droit. Il est conseillé d'indiquer chaque fois de manière précise si l'on doit appliquer l'ancien ou le nouveau droit.

1036 En cas de modification du droit matériel, la disposition de droit transitoire pertinente déterminera quel droit appliquer. Il est fréquent que cette disposition fasse défaut. Ici également, il est conseillé de régler clairement dans les dispositions transitoires ce type de questions.

Règles spéciales de conflit

1037 La plupart du temps, le nouveau droit est harmonisé avec l'ancien par abrogation ou modification des dispositions applicables jusqu'alors. On édicte parfois des règles spéciales de conflit. Tel est le cas lorsqu'un acte législatif règle des faits qui ne peuvent pas être attribués facilement à l'ancien ou au nouveau droit à l'aide des principes de droit transitoire exposés ci-dessus. La manière de formuler ces règles de conflit dépendra du contexte.

Exemples :

- « la Confédération répond aussi en vertu des articles 3 et suivants du dommage causé avant l'entrée en vigueur de la présente loi, s'il n'y a ni prescription, ni péremption en vertu de l'article 20 » (voir art. 26, al. 2, LRCF, RS 170.32) ;
- « la présente loi n'est applicable ni aux contestations pendantes, au moment de son entrée en vigueur, devant des autorités chargées du contentieux administratif, ni aux recours ou oppositions contre les décisions rendues avant son entrée en vigueur ; dans ces affaires, les anciennes règles de procédure et de compétence sont applicables » (voir art. 81 PA, RS 172.021) ;
- « les actions et les demandes pendantes seront jugées selon le droit en vigueur au moment du jugement ou de la décision » (voir art. 60, al. 4, de la

loi fédérale sur le bail à ferme agricole, LBFA, RS 221.213.2).

1038 On observera les principes suivants :

- Les règles de conflit doivent être édictées de telle manière qu'elles ne violent pas le principe de la proportionnalité et le principe de l'interdiction de la rétroactivité.
- Dans la mesure du possible, on déterminera précisément les dispositions abrogées, soit en les énumérant, soit en indiquant leur contenu exact. Des formules générales telles que : « toutes les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées lors de son entrée en vigueur » n'apportent rien à la clarification des rapports entre l'ancien et le nouveau droit. Elles ne doivent donc pas être employées.
- Au moment d'élaborer des dispositions transitoires, on examinera si les conditions de rétroactivité proprement dite (favorable ou défavorable aux destinataires) sont réunies. Il convient d'être strict lors de l'appréciation. L'intention de rétroagir doit clairement figurer dans l'acte législatif lui-même (voir *ch. 1010*).
- Il arrive que l'on n'abroge ou ne modifie que partiellement un acte juridique existant (par ex. son champ d'application ou le cercle de ses destinataires). Pour éviter des imprécisions, il est conseillé d'expliciter la disposition à modifier et de la reformuler.
- L'abrogation ou la modification du droit en vigueur est une opération fréquente. Le maintien de dispositions déterminées peut également s'avérer parfois nécessaire. Tel est par exemple le cas lorsque, en cas de révision d'une disposition constitutionnelle (ou légale), la loi (ou l'ordonnance) doit rester en vigueur jusqu'à son remplacement. L'effet a posteriori d'une disposition nécessite une base légale expresse. Le maintien de dispositions déterminées présente les avantages suivants :
  - D'une part, il est possible d'analyser les effets du nouveau droit hiérarchiquement supérieur avant d'élaborer, sur la base des résultats, les nouvelles dispositions d'exécution ;
  - D'autre part, on s'épargne la nécessité d'édicter des dispositions d'exécution à un moment (par ex. avant une votation populaire) où il n'est pas encore certain que le nouveau droit entrera en vigueur.

1039
- Dans tous les cas, les règles d'exécution en vigueur doivent permettre d'appliquer provisoirement le nouveau droit hiérarchiquement supérieur. Dans certains cas, l'ancien et le nouveau droit peuvent être parallèlement en vigueur. Cette manière de faire est utile en particulier pour les prescriptions relatives aux produits ; comme elle donne au sujet de droit la possibilité de déterminer lui-même, à certaines conditions, le moment du passage au nouveau droit, elle permet de réduire les conséquences liées au changement de réglementation.

Réglementation transitoire matérielle

En présence d'actes législatifs régissant des états de fait durables, on examinera si l'introduction du nouveau droit est compatible avec le principe de la proportionnalité. Là où tel n'est pas le cas, par exemple parce que le contraste entre les règlementations est si marqué que l'on ne peut exiger des destinataires de la norme qu'ils modifient radicalement leur comportement, malgré la présence de dispositions transitoires qui atténuent les effets du changement, il est indispensable de prévoir une réglementation transitoire matérielle. Celle-ci doit être élaborée de manière à protéger au mieux les intérêts publics et privés concernés. Cette réglementation doit avoir un caractère indépendant, c'est-à-dire qu'elle ne doit correspondre ni aux règles en vigueur, ni aux règles nouvelles et ne doit être applicable que durant une période limitée. Elle doit poser les premiers jalons vers la nouvelle orientation sans cependant se démarquer trop nettement de la réglementation précédente. *1040*

Les réglementations transitoires matérielles sont toutefois rares en pratique. Le risque existe de s'en satisfaire et de retarder la réglementation définitive. *1041*

Normalement, l'élaboration de réglementations transitoires devrait être sommaire, sans que cela aboutisse toutefois à une réglementation obscure ou imprécise. L'incorporation des réglementations transitoires dans l'ordre juridique doit être aussi soigneuse que celle des règles ordinaires. *1042*

Exemples :

- entrée en vigueur de l'acte par étapes : exceptionnellement, une entrée en vigueur par étapes peut être indiquée pour autant qu'elle ne donne lieu à aucune difficulté importante en matière de mise en œuvre (par ex. art. 98, al. 2 à 4, LPP, RS 831.40). On peut l'admettre même si la loi ne la prévoit pas expressément (voir également *ch. 1013 ss*) ;
- délais d'adaptation et délais de grâce (voir par ex. al. 3 des dispositions finales de la modification du 11 mars 1971 de la LB, RS 952.0) ;
- application matérielle et temporelle limitée du droit en vigueur parallèlement au nouveau droit (voir par ex. modification du 19 décembre 1997 de l'ordonnance sur les denrées alimentaires, al. 3 des dispositions transitoires, RO 1998 108) ;
- octroi facilité d'une autorisation ou suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation (voir par ex. art. 50, al. 2, de l'arrêté du 29 septembre 1953 sur le statut du lait, dans sa version du 25 juin 1971 ; RO 1971 1597) ;
- autorisations exceptionnelles, délivrées dans des cas isolés (voir par ex. art. 16, al. 1, de la loi du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, RO 1972 I 958) ;
- subventions accordées pour permettre l'adaptation au nouveau droit (voir par ex. art. 50 LPE, RS 814.01).

Durée de validité limitée des actes et réglementations expérimentales

Durée de validité limitée

1043 Les lois fédérales et les ordonnances peuvent avoir une durée de validité limitée ; les lois fédérales urgentes sont toujours limitées dans le temps (voir art. 165, al. 1 et 3, Cst.).

1044 Il existe plusieurs raisons pour lesquelles il peut être souhaitable de limiter la durée de validité d'un acte législatif :

- les problèmes à résoudre sont temporaires ;
- après un certain temps, les problèmes peuvent être résolus par une autre mesure ;
- on ne sait pas à l'avance avec certitude quels seraient les effets des actes législatifs ; la durée de validité limitée permet d'étudier ces effets ;
- aucun consensus n'a pu encore être trouvé ;
- l'organe responsable doit réexaminer, pendant sa durée de validité, la réglementation prévue sur la base de contrôles systématiques d'efficacité ; en fonction des résultats, il la modifiera, l'abrogera ou la prorogera (aux États-Unis, on parle de *sunset legislation*) ;
- le coût d'une réglementation est important : une limitation de sa durée de validité permet de gérer les ressources financières de manière plus souple.

1045 Un acte législatif limité dans le temps perd sa validité à l'expiration du dernier jour du délai de validité. La clause prévoyant la durée de validité de l'acte doit être formulée avec soin.

Exemple :

- l'ordonnance du 9 décembre 1991 sur les mesures propres à atténuer la pénurie de fourrage en montagne est entrée en vigueur le 1er janvier 1992 et a eu effet jusqu'au 1er juillet 1992 (RO 1991 2641) ; l'ordonnance était-elle encore en vigueur le 1er juillet 1992, ou a-t-elle été abrogée le 30 juin 1992, à 24.00 heures ?

Projets pilotes impliquant des réglementations expérimentales

1046 Mener des expériences et réaliser des projets pilotes avant l'élaboration d'une législation peut se réveler un moyen précieux d'acquérir des connaissances préalables à sa conception finale (voir par. 192). Précisément dans des domaines exposés à des changements importants, par exemple induits par la numérisation, ou dans lesquels la mise en œuvre de modifications peut nécessiter beaucoup d'efforts pour de nombreux acteurs (par exemple dans le domaine des assurances sociales), il peut être avantageux sur le plan pratique comme sur le plan juridique de réaliser d'abord une expérience limitée dans son champ d'application et sa du-

rée, et donc de réduire ainsi les conséquences pratiques et les éventuels inconvénients juridiques. Avec l'article 15 de la loi fédérale du 17 mars 2023 sur l'utilisation de moyens électroniques pour l'accomplissement de tâches officielles (BBl 2023 787), le législateur a édicté une disposition qui favorise la mise en œuvre de projets pilotes dans ce domaine et qui fournit un cadre clair pour les conditions de leur réalisation.

Dans de nombreux cas, les projets pilotes peuvent être effectués dans le respect de la législation en vigueur. Par exemple, la plupart des expériences dans le domaine du traitement, de la gestion et de la transmission des données peuvent être réalisées de manière à ce qu'aucune donnée personnelle réelle ne soit concernée. Par conséquent, dans ces cas, il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation expérimentale dans une loi ou une ordonnance. Les réglementations expérimentales ne sont donc que l'une des formes possibles dans une palette de modèles d'expérimentation (cf. une étude commandée par le SECO sur les *regulatory sandboxes*).

D'après le Conseil fédéral, les actes législatifs à caractère expérimental devraient en principe permettre de dégager les éléments nécessaires à l'adoption d'une réglementation ultérieure définitive.

1047 Afin d'éviter que l'expérimentation ne soit utilisée comme prétexte pour légiférer sans base légale ou en vertu d'une base légale insuffisante, le Conseil fédéral avait énoncé en 1988 certains principes devant être repectés lors de la création et de l'application d'actes législatifs à caractère expérimental (voir rapport de gestion du Conseil fédéral, 1988, p. 193):

- Lorsque des droits fondamentaux sont gravement lésés, une réglementation expérimentale nécessite une base légale claire.
- Il faut renoncer à des essais qui créent des situations totalement irréversibles ; cependant, le rétablissement complet de l'état antérieur ne doit pas nécessairement être possible.
- La création d'une réglementation à caractère expérimental est opportune si elle représente le seul moyen de dégager les éléments nécessaires à une décision définitive (l'essai doit être un moyen nécessaire et adéquat).
- Une réglementation expérimentale ayant un caractère contraignant n'est admissible que si un essai basé sur une participation volontaire n'est pas susceptible de remplir la même fonction.
- Le caractère expérimental d'une réglementation et le but de l'essai doivent être clairement explicités dans l'acte législatif lui-même.
- Les essais doivent être limités dans le temps ; on ne peut mettre fin de manière anticipée ou prolonger un essai que pour des motifs découlant du but de l'essai.
- Le champ d'application personnel ou territorial d'un essai doit être limité autant que possible.

- Dans les actes législatifs à caractère expérimental, il faut régler explicitement la récolte et la mise en valeur des données. Les organes compétents, les données pertinentes et les critères d'appréciation doivent être mentionnés.

Exemples de réglementations expérimentales sans base juridique formelle :

- ordonnance du 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion (OER, RO 1982 1149). Cette ordonnance était fondée sur une norme d'exécution de la loi fédérale réglant la correspondance télégraphique et téléphonique (BS 7 867), bien que cet ancrage était manifestement insuffisant ;
- ordonnance du 21 octobre 1992 sur l'encouragement de la recherche pour la prévention de drogues et l'amélioration de la situation des personnes dépendantes de la drogue (RO 1992 2213). La prescription médicale d'héroïne qui y était prévue n'avait pas de base légale suffisante dans la version de la loi sur les stupéfiants (LStup, RS 812.121) de l'époque. Cette ordonnance a été abrogée et remplacée par l'arrêté fédéral urgent et déclaré de force obligatoire générale du 9 octobre 1998 sur la prescription médicale d'héroïne (RO 1998 2293), lui-même prorogé jusqu'à fin 2009 par la loi fédérale du 20 juin 2003 sur la prorogation de l'arrêté fédéral sur la prescription médicale d'héroïne (RO 2004 4387). Sur la législation en vigueur, voir art. 3e et 3f LStup (RS 812.121).

L'attitude du Conseil fédéral avait été critiquée par la commission de gestion du Conseil national : selon elle, le gouvernement n'a pas le droit d'adopter des solutions qui ont matériellement un caractère expérimental alors qu'il sait dès le départ qu'elles ont un caractère définitif ; il viole ainsi le principe de la séparation des pouvoirs et bafoue les droits du Parlement (voir BO 1989 N 840, intervention Leuenberger).

1048 Dans une pratique plus récente, les exigences en matière de réglementations expérimentales ont été renforcées, en particulier pour les réglementations expérimentales dérogeant à une loi :

- Une règlementation expérimentale ne peut déroger à la réglementation d'une loi ou permettre la a réalisation de projets pilotes contraires à la loi que si cette possibilité est expressément prévue dans la loi elle-même.
- Une délégation législative au Conseil fédéral en matière de réglementation expérimentale doit respecter les exigences constitutionnelles. La loi doit fixer le cadre dans lequel une réglementation expérimentale peut être prévue. En principe, cela signifie que la loi doit déterminer avec suffisamment de précision le but que les projets pilotes impliquant une réglementation expérimentale peuvent poursuivre. Un but relativement général peut toutefois être concrétisé par d'autres moyens, par exemple par l'énonciation de domaines concernés ou par celle des dispositions spécifiques de la loi auxquelles il est possible de déroger.

- Il peut également être prévu de s'écarter d'autres lois que la loi sur laquelle la règlementation expérimentale est fondée (voir par ex. l'art. 112b al. 3 de la loi sur l'asile, RS 142.31).
- S'il est envisagé d'habiliter un département dans une ordonnance du Conseil fédéral à édicter une réglementation expérimentale dérogeant à la réglementation de cette ordonnance, alors le but que cette réglementation expérimentale peut poursuivre doit donc être déterminé avec suffisamment de précision dans l'ordonnance du Conseil fédéral.
- La règlementation expérimentale doit être prévue dans une ordonnance. Les dispositions légales auxquelles la réglementation expérimentale déroge doivent y être précisées, sauf si cela ressort déjà de la loi.
- Toute subdélégation au département compétent de la compétence d'édicter une réglementation expérimentale dérogeant à la loi doit se limiter à des détails d'importance secondaire. Si une subdélégation doit être rendue possible dans une plus large mesure, elle doit être ancrée dans la loi elle-même eu égard à la portée des règlements (voir également l'art. 48 LOGA, RS 172.010). En cas de délégation directe par la loi à un département de la compétence d'édicter une réglementation expérimentale, le cadre général des projets pilotes et en particulier la réglementation de la procédure d'autorisation de projets pilotes devrait être édictée par le Conseil fédéral; un mandat en ce sens dans la loi serait souhaitable.
- Il n'est pas admissible de prévoir dans une loi simplement d'autoriser une autorité à effectuer certains projets pilotes et à réglementer la réalisation des essais uniquement sur une base contractuelle ou au moyen de décisions. Cela vaut également si les essais sont soumis à une obligation d'autorisation.
- Dans le domaine des assurances sociales, il faut veiller à ce que les assurés ne subissent pas de désavantages du fait de leur participation aux expérimentations. Dans certaines circonstances, il peut s'avérer nécessaire de permettre aux personnes participant à une expérimentation de passer au droit ordinaire dans un bref délai.

Exemples de réglementations expérimentales avec base juridique formelle :

- art. 35 de la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1), et les art. 32 à 34 de l'ordonnance sur la protection des données (RD 235.11) . Voir à titres d'exemples de mises en oeuvre l'ordonnance du 4 décembre 2009 sur les systèmes d'information du Service de renseignement de la Confédération (OSI-RSC, RO 2009 7041, modifiDca-tions au RO 2011 6081 et RO 2013 4359), l'ordonnance du DDPS du 27 septembre 2010 sur les champs des données et les droits d'accès aux systèmes d'information ISAS et ISIS (RO 2010 4539, modifi-cations au RO 2011 6085), oder die Covid-19-Verordnung Pilotversuch Proximity-Tracing vom 13. Mai 2020 (RO 2020 1589).

- art. 15 (plus particulièrement l'al. 3) LMETA (FF 2023 787) qui permet, dans les domaines de la protection des données, de la protection des informations et de la sécurité des TIC, de déroger aux dispositions d'une loi ou d'une ordonnance du Conseil par une ordonnance du département compétent ou de la Chancellerie fédérale si a. la finalité de l'expérimentation nécessite des dérogations, notamment parce que le traitement de données personnelles non anonymisées est essentiel, et b. il est assuré d'une autre manière que les objectifs des dispositions pertinentes sont atteints.
- art. 112b de la loi sur l'asile (RS 142.31) et l'ordonnance du 4 septembre 2013 sur les phases de test (OTest, RS 142.318.1)
- art. 59*b* de la loi sur l'assurance-maladie (RS 832.10) et art. 77*l* ss de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
- art. 23*a* de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7)
- art. 8*a* de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121) et l'ordonnance du 31 mars 2021 sur les essais pilotes au sens de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121.5)
- Exemples à ne pas suivre: art. 192 du projet de loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF (FF 2022 2725; dérogation à la loi dans des accords de droit public avec les participants à la procédure de taxation); art. 18*a* de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.111.3; but trop général)

18 Mise en œuvre de la législation

Introduction

Aperçu

Notion

La mise en œuvre est l'ensemble de l'activité de l'État visant à la transcription dans les faits du droit : exécution sur le plan administratif (décisions prises en l'espèce, autres activités administratives, formation), adoption de dispositions au niveau législatif et règlementaire, institution d'autorités, mise en place de procédures, libération des fonds nécessaires, acquisition de biens – en résumé, toutes mesures utiles pour rendre effective la législation en vigueur. *1049*

Lors des débats sur la Constitution fédérale de 1999, l'Assemblée fédérale a considéré que la distinction faite initialement entre l'exécution (qui se traduit par « *Vollzug* »), désignant un ensemble de décisions administratives, et la mise en œuvre (« *Umsetzung* »), visant les mesures de type législatif, était artificielle, et que le second de ces termes pouvait couvrir toutes les activités par lesquelles on réalise et concrétise le droit fédéral. Le texte de la Constitution n'est d'ailleurs pas conséquent (voir le titre italien de l'art. 46, « *Attuazione e esecuzione* », et les termes « *Vollzug* » et « *esecuzione* » à l'art. 182, al. 2, Cst.) ; le terme d'exécution apparaît aux art. 74, al. 3, 75*b*, al. 2, 80, al. 3, 106, al. 7, 164, al. 1, let. f, 177, al. 2, et 186, al. 2. Dans le présent guide, nous utiliserons également le terme de « mise en œuvre » pour qualifier les deux types d'activité. *1050*

Importance

Pour qu'un acte législatif puisse déployer ses effets, sa mise en œuvre doit être réalisable. L'applicabilité est en effet l'un des éléments qui assurent la qualité d'une législation et elle doit être examinée aussi bien lors du processus législatif (voir ch. *184*) qu'après l'entrée en vigueur de l'acte (voir ch. *1140* ss). *1051*

Législation de mise en œuvre

Dans la plupart des cas, il est nécessaire d'édicter des dispositions complémentaires pour appliquer une loi fédérale, car sans règle d'organisation et de procédure, les lois fédérales ne pourraient être mises en œuvre. Le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances d'exécution en se fondant sur l'art. 182, al. 2, Cst. Les cantons doivent édicter des dispositions d'exécution dans les domaines où ils sont responsables de la mise en œuvre du droit fédéral ; ce qu'ils font de manière générale par le biais de lois introductives complétant le droit fédéral. Des ordonnances d'introduction, du moins à titre provisoire, ne sont toutefois pas rares. *1052*

Mettre en œuvre implique également d'interpréter. L'interprétation ne prend pas nécessairement la forme d'un acte individuel et concret, mais peut revêtir une *1053*

forme générale et abstraite. Pour cette raison, l'organe compétent (Conseil fédéral, Conseil d'État ou Parlement cantonal) est libre de prévoir à un niveau intermédiaire une réglementation (de caractère général et abstrait ; ordonnance) entre la loi et la décision. Sans cela, les autorités - en règle générale non pas le gouvernement mais un service de l'administration - seraient obligées d'intepréter la loi de manière identique dans chaque cas particulier.

1054 Les ordonnances d'exécution garantissent l'application et l'exécution de la loi. Elles permettent de simplifier la mise en œuvre et contribuent à renforcer la sécurité du droit et son application uniforme.

Surveillance fédérale

1055 La Confédération doit « veiller » à ce que les cantons respectent le droit fédéral (art. 49, al. 2, Cst.). Cette surveillance fédérale garantit, dans le contexte de la mise en œuvre du droit fédéral, que les cantons accomplissent correctement les tâches qui leur incombent. La surveillance concerne l'ensemble de l'activité de mise en œuvre. La Confédération exerce d'office la surveillance sur les cantons.

Base constitutionnelle

1056 L'art. 46, al. 1, Cst. pose comme principe que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral. Au-delà des mots, il faut comprendre que les cantons doivent aussi mettre en œuvre les obligations de droit international qui sont dans leur champ de compétence (v. art. 7 LFPC, RS 138.1).

1057 Selon l'art. 46, al. 3, Cst., la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités. Combiné avec l'art. 47 Cst., qui ordonne à la Confédération de respecter l'autonomie des cantons, ce principe est à la base d'un système de concrétisation du droit fédéral que l'on appelle le « fédéralisme d'exécution ». Dans certains domaines, la Constitution souligne encore la compétence primaire des cantons en matière de mise en œuvre.

Exemples :

- « L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi » (art. 74, al. 3, et 80, al. 3, Cst.) ;
- « Les cantons effectuent la taxation et la perception » (art. 128, al. 4, Cst.).

Répartition des compétences en matière de mise en œuvre

Organes responsables de la mise en œuvre

On distingue trois types de répartition des compétences en matière de mise en œuvre : *1058*

1. mise en œuvre par les cantons (v. *ch. 1060 ss*) ;
2. mise en œuvre par la Confédération (v. *ch. 1077 ss*) ;
3. mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons (v. *ch. 1092 ss*).

Le modèle à adopter dépend du fondement constitutionnel et des règles en matière de répartition des tâches. Cette question concerne également le fédéralisme (voir *ch. 623 ss*). *1059*

Mise en œuvre par les cantons

Généralités

La Constitution fédérale fixe le principe selon lequel le droit fédéral est mis en œuvre par les cantons (art. 46, al. 1, Cst). Les motifs suivants notamment justifient ce principe : *1060*

- le respect de l'autonomie des cantons protégé par l'art. 47 Cst. (principe fédéraliste) ;
- le principe de la subsidiarité, compris comme fondement programmatique de la non-centralisation (art. 5*a* Cst.) ;
- la prise en compte des différences objectives, des intérêts particuliers des régions du pays, des différences de mentalité, des préférences spécifiques, des traditions, etc. ;
- l'utilisation des avantages politiques, psychologiques, administratifs, économiques et techniques de la décentralisation étatique.

D'autres circonstances peuvent justifier la mise en œuvre par les cantons : *1061*

- il s'agit d'une simple tâche d'exécution administrative que les cantons sont les mieux placés pour remplir, du fait de leur infrastructure (gains de synergie, volonté d'éviter des doublons) ;
- la Confédération peut se limiter à une fonction régulatrice ou coordinatrice ;
- il y a un intérêt à accorder aux cantons une marge de manœuvre dans la mise en œuvre du droit fédéral ;
- la mise en œuvre des prescriptions matérielles de la Confédération n'est pas susceptible d'occasionner une charge financière extraordinaire pour les cantons ;
- la mise en œuvre du droit fédéral ne surchargera pas à l'excès certains cantons plus que d'autres.

Principes applicables à l'élaboration des conditions-cadres régissant la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons

Introduction

1062 Les art. 46 et 47 Cst. posent les principes de la mise en œuvre du droit fédéral : ils chargent les cantons de cette tâche, leur garantissent une marge de manœuvre aussi large que possible et tiennent compte de la charge financière qu'entraîne cette mise en œuvre. Dans la législation fédérale toutefois les dispositions relatives à la mise en œuvre sont, aujourd'hui encore, formulées de manière fort diverse. Cela n'est pas dû seulement aux particularités de certains domaines juridiques, mais également à certaines carences en matière légistique.

1063 L'art. 141, al. 2, let. d et f, LParl (RS 171.10) contraint le Conseil fédéral à faire le point sur les modalités de mise en œuvre de projet et de consulter les commissions parlementaires, à leur demande, sur les projets d'ordonnance du Conseil fédéral lorsque l'exécution est confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale (voir art. 151 LParl).

1064 Par ailleurs, en vertu de l'art. 50, al. 2 et 3, Cst., la Confédération doit également tenir compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes et, dans ce cadre, prendre en considération la situation particulière des villes et des agglomérations urbaines. Cela implique que celles-ci soient associées – dans une mesure appropriée et dans le respect des compétences cantonales – à l'élaboration des mesures fédérales qui les concernent.

Principes

1065 Pour améliorer et unifier les dispositions d'exécution, les principes suivants doivent être respectés :

- le partage des tâches de mise en œuvre entre la Confédération et les cantons doit en principe être au moins réglé au niveau de la loi formelle ;
- les actes législatifs de la Confédération qui doivent être mis en œuvre par les cantons ne doivent contenir que l'essentiel ;
- l'autonomie organisationnelle des cantons ne doit en principe pas être limitée ;
- on tiendra compte des différences entre les cantons ;
- les réglementations fédérale et cantonales et celles régissant des domaines similaires doivent être harmonisées entre elles ;
- les tâches et les mesures de mise en œuvre doivent être efficaces, économiques et aussi simples que possible.

1066 Moyens :

- octroyer aux cantons une certaine marge de manœuvre ;
- accorder aux cantons la possibilité de créer leur propre législation dans des domaines particuliers ;
- introduire dans le droit fédéral des réserves en faveur du droit cantonal en vigueur ;

- autoriser les cantons à prévoir des règles dérogeant au droit fédéral dans des limites précises.

Coordination de la mise en œuvre avec les cantons

Lorsqu'une loi fédérale doit être mise en œuvre, totalement ou en partie, par les cantons, il peut être nécessaire d'assurer une coordination entre la Confédération et ces derniers. C'est notamment le cas lorsque : *1067*

- la mise en œuvre ne peut pas avoir lieu dans les délais habituels (v. *ch. 1074*), c'est-à-dire lorsque des délais plus courts ou plus longs sont nécessaires ;
- la délimitation entre les dispositions d'exécution de la Confédération et les actes d'introduction des cantons n'est pas claire d'emblée ;
- la mise en œuvre du droit fédéral est plus simple et plus efficace si la Confédération et les cantons s'accordent sur des instruments uniformes.

Il convient de s'intéresser à la coordination de la mise en œuvre avant l'adoption du projet d'acte normatif par le Conseil fédéral. Il est ainsi possible d'anticiper les difficultés prévisibles dans le projet et de les aborder dans le message du Conseil fédéral. *1068*

Les travaux de coordination doivent avoir lieu au sein d'un groupe de travail composé de représentants de l'office fédéral chargé du dossier et des cantons, ces derniers étant désignés par la conférence intercantonale concernée. Les cantons doivent déléguer de préférence des personnes qui ont à faire avec la mise en œuvre du droit fédéral en la matière. *1069*

Moyens auxiliaires

- rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme ;
- document de travail CdC-OFJ du 28 octobre 2015, Mise en œuvre coordonnée du droit fédéral, www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme ;
- lignes directrices du 16 octobre 2002 à l'attention de l'administration fédérale concernant la collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes (FF 2002 7795).

Problèmes particuliers de la coopération entre la Confédération et les cantons

Marge de manœuvre législative des cantons

Pour autant que cela soit possible et indiqué, il faut donner aux cantons une certaine liberté pour élaborer leur propre législation (par exemple des dispositions complémentaires), même si la Confédération détient une compétence globale. *1070*

Exemple :

- Les cantons sont libres, dans le cadre fixé par les art. 85 à 85*c* de la loi sur l'assurance-chômage (RS 837.0), de mettre en place un service logistique en matière de mesures relatives au marché du travail ; ils peuvent déterminer les tâches attribuées aux services cantonaux et aux offices de placement régionaux.
- Les alignements destinés à protéger les installations ferroviaires existantes ou futures peuvent également être déterminés selon le droit cantonal, en accord avec l'OFT, pour qutant qu'ils déploient des effets juridiques plus étendus (art. 18*t* de la loi fédérale sur les chemins de fer, RS 742.101).

1071 Des limites seront cependant posées à l'élaboration par les cantons de leurs propres règles dans les cas où le principe de la sécurité du droit et le principe de l'égalité de traitement l'exigent.

Exemple :

- l'art. 65, al. 2, de la loi sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01) exclut l'élaboration par les cantons de valeurs limites d'immissions divergentes.

Autonomie des cantons en matière d'organisation et de procédure

1072 L'autonomie cantonale en matière d'organisation et de procédure dans le domaine de la mise en œuvre du droit fédéral (art. 46 et 47 Cst.) ne peut être restreinte que dans la mesure où cela est nécessaire (par ex. en vue d'une exécution uniforme ou pour répondre à des considérations fédéralistes ou constitutionnelles.

Autorisation donnée aux cantons d'édicter des dispositions d'exécution au niveau de l'ordonnance

1073 La procédure législative relève de l'autonomie cantonale en matière d'organisation. On doit éviter, dans la mesure du possible, toute ingérence sur ce point. Si, dans l'intérêt d'une mise en œuvre rapide, la Confédération permet aux cantons d'édicter des dispositions d'exécution par voie d'ordonnance, cette intervention dans leur autonomie en matière d'organisation est limitée dans le temps.

Exemple :

- art. 36, al. 2, de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700): autorisation donnée au gouvernement cantonal d'édicter des règles au niveau de l'ordonnance pour une certaine durée.

Délais de mise en œuvre

1074 Après l'adoption d'une loi fédérale, la Confédération et, en parallèle, les cantons en planifient la mise en œuvre. C'est sur cette base que la Confédération en fixe la date d'entrée en vigueur. En règle générale, il faut partir des délais minimums

suivants (v. rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme, p. 37) :

- si les cantons doivent édicter ou modifier une loi : deux ans à partir de l'adoption de la loi fédérale ou un an à partir de l'adoption de l'acte d'exécution fédéral ;
- si les cantons doivent édicter ou modifier une ordonnance : un an à partir de l'adoption de la loi fédérale ou six mois à partir de l'adoption de l'acte d'exécution fédéral.

Voie de service

1075 Pour les questions de principe et pour celles ayant un caractère transversal, la voie de service va de gouvernement (Confédération) en gouvernement (cantons). Pour décharger les gouvernements, on peut prévoir, par voie d'ordonnance et éventuellement par des directives, que les questions secondaires seront traitées directement de service (de la Confédération) en service (des cantons).

Exemple :

- art. 45 CC et art. 84 à 87 de l'ordonnance sur l'état civil (OEC ; RS 211.112.2) : surveillance du DFJP sur les autorités cantonales de l'état civil.

Les cantons ne doivent en principe pas être indemnisés pour la mise en œuvre du droit fédéral

1076 Selon les art. 46 et 47, al. 3, Cst., la mise en œuvre du droit fédéral doit être financée par les ressources cantonales et une péréquation financière équitable. Une éventuelle indemnisation pour des frais de mise en œuvre nécessite une base légale. Les conditions pour l'octroi d'aides financières et d'indemnités figurent aux art. 6 et 9 de la loi sur les subventions (LSub, RS 616.1).

Exemple :

- commission de perception des cantons sur le produit brut de la taxe d'exemption (art. 45 de la loi sur l'exemption de l'obligation de servir, LTEO ; RS 661).

Mise en œuvre par la Confédération

Aperçu

1077 Les motifs suivants plaident pour une mise en œuvre par la Confédération :

- nécessité d'une réglementation uniforme ;
- nécessité d'une coopération étroite entre la Confédération et les cantons ;
- création d'un équilibre entre les régions ;
- répartition équitable des ressources ;
- existence de connexions internationales dans l'exécution d'une tâche.

Exemples :

- les domaines juridiques qui touchent l'existence d'un espace économique unique : surveillance de la concurrence et des assurances (art. 96 et 98, al. 3, Cst.), secteur bancaire et boursier (art. 98, al. 1 et 2, Cst.), taxe à la valeur ajoutée et droits de douane (art. 130 et 133 Cst.).

Cadre juridique de la compétence fédérale

Compétences du Conseil fédéral

1078 En vertu de l'art. 182, al. 2, Cst. et de l'article 9 LOGA, le Conseil fédéral veille à la mise en œuvre de la législation fédérale.

1079 La formulation « le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi », que l'on trouve souvent dans les lois spéciales, est donc en règle générale inutile, à moins qu'il ne s'agisse d'intimer au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution (mandat explicite). Il faut décider au cas par cas si une telle clause est pertinente. Si l'on choisit d'en introduire une dans l'acte normatif, elle devra être citée dans le préambule de l'acte d'exécution, pour des questions de simplicité.

1080 L'art. 178 Cst. et l'art. 8 LOGA chargent de manière générale le Conseil fédéral de « l'organisation rationnelle de l'administration », et en particulier de la formation de groupements et d'offices, de leur intégration organisationnelle, de l'attribution de leurs tâches et de leurs compétences décisionnelles.

Niveau normatif des dispositions d'exécution

1081 L'art. 43 LOGA donne au Conseil fédéral la subdivision de base de l'organisation de l'administration fédérale en départements et en offices ; il offre également la possibilité aux départements de réunir, avec l'accord du Conseil fédéral, certains de leurs offices en groupements. Afin de sauvegarder l'autonomie organisationnelle du Conseil fédéral, les dispositions d'organisation ne doivent pas, si possible, être prévues au niveau de la loi formelle mais au niveau de l'ordonnance, conformément à l'art. 43, al. 2, LOGA. Toutefois, lorsqu'une loi fait directement référence à l'autorité chargée de la mise en œuvre, le Parlement exige qu'elle soit expressément désignée dans le texte.

1082 L'art. 47 LOGA détermine le cadre juridique de l'attribution du pouvoir de décision. Selon l'alinéa 1er, le pouvoir de décision peut être attribué au Conseil fédéral, à un chef de département ou à un directeur de groupement ou d'office. Selon l'al. 2, l'attribution du pouvoir de décision doit être réglée par voie d'ordonnance.

Place des dispositions d'exécution

1083 L'attribution de compétences organisationnelles au sein de l'administration sera en premier lieu réglée dans le droit d'exécution de la LOGA, alors que l'attribution de pouvoirs de décision sera en règle générale prévue dans le droit d'exécution de la législation spécifique du domaine en question.

Exceptions : 1084

- La protection des données : en matière de traitement de données personnelles sensibles (voir art. 5, let. c, LPD), il peut se justifier de régler au niveau de la loi formelle non seulement les modalités de traitement, mais aussi de prévoir le service compétent.
- La création d'unités administratives décentralisées et l'attribution de tâches administratives et de pouvoirs de décision à des organes extérieurs à l'administration fédérale : ces unités et organes ne relèvent de la souveraineté du Conseil fédéral que dans une mesure limitée. Leurs tâches et leurs pouvoirs de décision doivent figurer dans une loi formelle.
- L'institution d'autorités judiciaires et la définition de leurs compétences : en principe, ces autorités ne sont pas subordonnées au Conseil fédéral ; une loi formelle est nécessaire pour leur institution et la définition de leurs compétences.

Attribution de tâches

L'attribution générale de tâches aux départements, aux groupements et aux offices s'opère par des ordonnances du Conseil fédéral consacrées spécifiquement à l'organisation d'un département. Ces ordonnances contiennent une description du domaine d'activité du département et sont conçues à l'intention des différents services comme des mandats liés à un but. L'attribution générale de tâches ne saurait être confondue avec l'attribution de pouvoirs de décision ; elle concerne avant tout la compétence de préparer les décisions et de faire des propositions. 1085

Exemples :

- ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (RS 172.212.1) ;
- ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1).

Attribution et délégation du pouvoir de décision

Principes

En vertu de l'art. 47, a. 1 et 2, LOGA, le Conseil fédéral règle par voie d'ordonnance l'attribution du pouvoir de décision au Conseil fédéral ou aux unités administratives (département, groupement ou office) dans des affaires particulières ou des domaines déterminés ; selon l'art. 47, al. 1, LOGA, l'attribution sera déterminée selon le critère de l'importance de l'affaire. Le but visé est d'attribuer les compétences de décision au niveau adéquat. En règle générale et selon l'art. 43, al. 2, LOGA, le pouvoir de décision devra être attribué aux offices et groupements d'offices, qui disposent en général des connaissances spécifiques dans le domaine en question. Une affaire devra donc revêtir une importance toute particulière pour justifier son attribution à un département ou au Conseil fédéral. 1086

1087 Le pouvoir de décision est délégué lorsque l'organe compétent désigné par un acte législatif transfère cette compétence totalement ou partiellement à un service qui lui est subordonné.

Critères

1088 Pour évaluer l'importance d'une affaire et choisir l'autorité à laquelle on attribue, dans une ordonnance, le pouvoir de décision, on prendra en considération les critères généraux suivants :

- Conséquences pour les sujets de droit : lorsque la marge d'appréciation d'une autorité est très large, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont touchées par une seule décision, lorsque des atteintes graves à des droits fondamentaux sont possibles et, enfin, lorsqu'il n'existe qu'une possibilité limitée de faire contrôler une décision par les instances de recours, une plus grande légitimité politique de l'instance de décision sera nécessaire et l'on choisira donc une autorité de rang plus élevé. En revanche, une législation claire, une atteinte sans gravité aux droits fondamentaux, un nombre considérable de décisions n'affectant qu'un nombre limité de personnes et, enfin, des voies de recours permettant de faire contrôler les décisions plaideront pour une décision prise au niveau de l'office fédéral.
- Conséquences politiques : si une décision touche particulièrement les intérêts politiques fondamentaux d'États tiers ou des cantons, ou si elle revêt une importance socio-politique particulière, il faudra que cette décision émane d'une instance fédérale d'un rang élevé ; en revanche, si les conséquences politiques d'une décision sont faibles, si elles sont avant tout de nature technique dans les rapports avec les États tiers ou les cantons, c'est l'office fédéral qui prendra la décision.
- Conséquences sur les finances fédérales : les conséquences financières sur le budget fédéral devront être mises en relation avec le niveau de la décision à prendre.

Voies de recours

1089 Lors de l'attribution du pouvoir de décision, les principes de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF) concernant les voies de recours doivent être pris en considération. On veillera en particulier à ce que les décisions prises ne puissent être réexaminées que par deux instances supérieures, et dans la mesure du possible qu'aucune troisième instance ne soit instaurée.

Délégation du pouvoir de décision

1090 Le pouvoir de décision est délégué lorsqu'une ordonnance du Conseil fédéral attribue une compétence de décision à un département et que ce dernier la transfère - totalement ou partiellement - par le moyen d'une ordonnance départementale, à

un groupement ou à un office. Pour autant qu'une loi formelle ou une ordonnance du Conseil fédéral ne l'exclue pas expressément ou implicitement, une telle délégation est formellement possible. Les conséquences sur les voies de recours doivent toutefois être prises en considération. Il est également concevable de ne prévoir la délégation que pour des cas non litigieux, en réservant au département les cas litigieux. En ce qui concerne la délégation de signature, voir *ch. 1091*.

Cas particuliers

- L'approbation des bilans annuels et des rapports : l'importance de l'approbation doit être déterminée au moyen des critères généraux exposés ci-dessus (voir *ch. 1086 ss*). Éventuellement, on peut introduire une procédure à deux niveaux (département et Conseil fédéral) qui ne prévoit une décision par l'autorité supérieure qu'en cas de refus d'approbation ou de réserves (voir art. 61*b*, al. 2 et 3 LOGA concernant l'approbation des actes législatifs cantonaux). *1091*
- Délégation de la compétence de signer: l'art. 49 LOGA règle la délégation de la compétence de signer du chef de département ; l'art. 29, al. 1, let. c, de l'OLOGA prévoit que la délégation de signature est fixée dans le règlement d'organisation des départements. On relèvera que, pour la délégation de la compétence de signer, la personne signataire agit toujours au nom du service compétent selon la loi et l'ordonnance, la décision en cause étant attribuée au service compétent. Cette délégation de compétence n'a donc pas de conséquences sur les voies de droit ; du point de vue de l'économie de l'administration, elle peut donc se révéler plus favorable qu'une délégation formelle de compétences.

Mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons

Il y a mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons lorsque la Confédération prend les décisions politiques importantes, en particulier dans une législation énonçant des principes généraux, et se réserve l'exécution de certaines tâches, tout en laissant aux cantons une marge de manœuvre pour le surplus. *1092*

Exemples :

- la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE ; RS 414.20) est avant tout un acte législatif relatif au subventionnement des cantons ; elle prévoit cependant également pour la Confédération des compétences de planification et de coordination. La loi permet aux autorités fédérales d'instituer, au moyen d'une convention de collaboration avec les cantons universitaires, un organe de coordination avec des compétences de décision spécifiques de même qu'un organe indépendant d'accréditation et d'assurance qualité ;
- la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100) prévoit que la police des eaux est une tâche cantonale. La loi sur la police des

eaux est une loi qui se limite aux principes et les cantons doivent édicter des dispositions d'exécution. La Confédération exerce la surveillance sur les projets et alloue des subventions à la protection des cantons contre les hautes eaux. La Confédération exécute toutefois elle-même certaines tâches ;

- la loi fédérale sur la pêche (LFSP ; RS 923.0) répartit de manière égale les tâches entre la Confédération et les cantons. L'exploitation des peuplements de poissons est réglementée par les cantons, la Confédération élabore par contre des dispositions protectrices. Les cantons obtiennent des subventions et doivent édicter des dispositions d'exécution ;
- la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) : la Confédération règle les prestations de l'assurance-invalidité. Les cantons participent à l'exécution, mais possèdent une marge de manœuvre étroite.

Le degré d'autonomie des cantons dans l'exécution des tâches décroît dans l'ordre des exemples susmentionnés.
En matière de mise en œuvre conjointe, l'art. 48, al. 2, Cst. permet aussi à la Confédération de participer, dans les limites de ses compétences, aux conventions intercantonales ainsi qu'aux organisations et institutions communes. La Confédération et les cantons peuvent également créer des organes communs pour accomplir des tâches de conseil, de coordination et de planification (voir FF 1997 I 216 s.).

Contrats comme moyen de mise en œuvre

Aperçu

1093 L'utilisation du contrat comme moyen de mise en œuvre s'est de plus en plus répandue ces dernières années, et cela dans différents domaines et à tous les niveaux d'exécution.

Exemples :

- Convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (RS 414.205) ;
- Convention relative à l'exploitation nationale des centres communs de coopération policière et douanière (CCPD) de Genève et de Chiasso (RS 360.4) ;
- Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen et de Dublin (RS 362.1) ;
- Convention-programme entre la Confédération suisse, représentée par l'Office fédéral de l'environnement, et le canton de Nidwald concernant les objectifs du programme dans le domaine des revitalisations 2020-2024 ;
- Contrat portant sur l'octroi d'aides financières entre la Confédération

suisse et Pro Senectute Suisse concernant les subventions pour l'aide à la vieillesse selon l'art. 101bis LAVS pour les années 2022-2025.

Fondements juridiques

La réglementation des droits et devoirs réciproques au moyen d'un contrat n'exige en principe aucune base légale formelle expresse ; toutefois, elle devrait au moins s'appuyer sur une base légale matérielle. En particulier dans le cas des contrats qui prévoient un rapport de subordination, le contrat ne peut remplacer une base légale matérielle manquante pour l'action administrative, ni déroger à une réglementation existante. De même, un contrat ne peut se substituer à une base légale formelle expresse requise comme fondement de l'activité étatique (par exemple particuliers mandatés pour des tâches officielles, traitement de données personnelles sensibles, etc.). *1094*

Exemples : *1095*

- L'art. 46, al. 2, Cst., adopté dans le cadre de la RPT, a introduit l'instrument de la convention-programme dans la Constitution (v. *ch. 951*).
- La Confédération peut, dans les limites de ses compétences, participer aux conventions que les cantons concluent entre eux (art. 48, al. 2, Cst., voir ch. 1092).

Parties au contrat

Les parties au contrat doivent être des sujets de droit capables de s'engager. Les départements, offices fédéraux et les services de l'administration n'ont ni la personnalité juridique ni la qualité de représentants, mais agissent comme organes de la Confédération. Ainsi en principe, la partie au contrat est la Confédération suisse agissant par le biais d'un département, d'un office fédéral, etc. En revanche, les services fédéraux qui ont une personnalité juridique (par exemple l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle) agissent en leur propre nom. On relèvera que les contrats ne peuvent contenir aucune disposition imposant des obligations à des tiers (à l'exception des traités internationaux et des concordats à caractère normatif). *1096*

Dénomination

Le droit suisse ne dispose pas, pour la désignation d'instruments contractuels, d'une terminologie uniformément reconnue. « Contrat », « accord », « convention », etc. sont en principe synonymes. Dans le domaine du droit administratif, les termes de « contrat » ou « accord » sont usuels, tandis que les termes de « convention » ou de « traité » s'appliquent de préférence dans le domaine du droit international. Les termes de « concordat » et d'« accord intercantonal » sont réservés au droit intercantonal. *1097*

Exemples :

- Concordat du 20.05.2019 sur les jeux d'argent au niveau suisse ;
- Accord intercantonal du 14 juin 2007 sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire (concordat HarmoS).

Objet du contrat

1098 L'objet du contrat ne doit pas s'étendre à des matières soustraites à la libre disposition des parties en raison, par exemple, du principe d'égalité ou d'un intérêt public prépondérant. Il doit se limiter à des domaines dans lesquels la Constitution et la loi laissent une certaine marge de manœuvre pour la détermination des droits et des obligations réciproques. Le devoir de respecter les prescriptions légales ne peut ainsi former l'objet du contrat ; les questions de compétences et d'organisation administrative ne le peuvent pas non plus, en tant qu'elles auraient pour objet de fonder une réglementation en matière de compétence obligatoire pour les tiers.

Droits et obligations contractuels

1099 Les prestations et les contre-prestations, en tant qu'éléments contractuels essentiels, doivent être décrites de manière suffisamment claire et être proportionnées.

Clauses de sanctions

1100 Selon les parties et le contenu du contrat, des clauses de sanctions contractuelles peuvent se justifier. Ces dernières peuvent prévoir, à titre d'exemple, une procédure de mise en demeure, des peines conventionnelles, une réduction des prestations ou encore la résiliation immédiate des rapports contractuels.

Approbation, signature et entrée en vigueur

1101 La compétence de conclure le contrat ne doit pas être confondue avec le droit de signer ledit contrat. L'organe compétent pour la conclusion du contrat peut approuver le texte du contrat et déléguer à une ou plusieurs personnes la compétence de le signer. En ce qui concerne cette dernière compétence, les dispositions sur la délégation de signature sont déterminantes (voir art. 49 LOGA, RS 172.010 ; *ch. 1091*). L'entrée en vigueur du contrat peut avoir lieu au moment de la signature de l'acte, à une date déterminée ou dès la survenance d'un événement particulier.

Durée du contrat et résolution

1102 Suivant le but et le contenu du contrat, il peut être nécessaire de déterminer sa durée, soit en précisant sa durée de validité (éventuellement combinée avec une procédure de renouvellement du contrat), soit en convenant d'un événement résolutoire ou en adoptant une clause de résiliation. Cette dernière clause doit contenir un délai de résiliation suffisant.

Voies de droit et clauses d'élection de for

Pour les litiges découlant de contrats de droit public signés par des autorités fédérales, le droit fédéral institue l'action devant le Tribunal administratif fédéral (art. 35, let. a, LTAF, RS 173.32). Il n'y a donc pas lieu d'introduire des clauses relatives aux voies de droit ni a fortiori des clauses d'élection de for dans les contrats qui servent d'instrument de mise en œuvre. Certaines lois prévoient toutefois un régime différent, comme par exemple le recours contre une décision unilatérale de l'autorité en matière de rapports de travail selon la loi sur le personnel de la Confédération (voir art. 34, al. 2, ss LPers, RS 172.220.1). *1103*

Surveillance

Haute surveillance

La notion de « haute surveillance » comprend, selon la définition usuelle, le contrôle d'activités qui se trouvent déjà sous la surveillance d'un autre organe. La haute surveillance qu'exerce l'Assemblée fédérale, en vertu de l'art. 169, al. 1, Cst., sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération est un contrôle d'ordre politique qui ne vise pas à agir à la place des autorités surveillées, ni à infirmer les décisions de celles-ci. *1104*

En régime fédéraliste, et en particulier dans la Constitution fédérale, cette notion décrit une compétence administrative particulière de la Confédération (voir par exemple art. 82, al. 2, Cst. ; voir FF 1997 I 263) ou aussi, selon la terminologie de la Constitution fédérale de 1874, la compétence de la Confédération d'édicter des normes de principe (voir par exemple art. 24, al. 1, aCst.). La Constitution fédérale ne qualifie cependant pas de « haute surveillance » le contrôle que la Confédération exerce envers les cantons lors de la mise en œuvre du droit fédéral par ces derniers (voir art. 49, al. 2, 172 et 186 Cst.). Il en va de même de la doctrine. Ce terme doit dès lors être évité dans ce contexte. *1105*

Surveillance fédérale

La surveillance fédérale comprend les activités de la Confédération visant à assurer le respect du droit fédéral par les cantons (prévenir la violation du droit fédéral ou corriger les situations contraires au droit fédéral). Elle a pour but de garantir une application correcte du droit fédéral. La surveillance fédérale se rapporte à toutes les activités des autorités législatives et administratives cantonales. Elle s'étend également à la justice pour autant que les moyens de surveillance soient compatibles avec l'indépendance des juges. Toutefois, la Confédération doit respecter l'autonomie des cantons (art. 47 Cst.) et leur laisser la chance de remplir les obligations que leur fait le droit fédéral de leur propre chef ; la surveillance fédérale vient donc en second après la surveillance cantonale. La surveillance fédérale se distingue de l'activité juridictionnelle en ce sens qu'elle est continue, *1106*

qu'elle cherche à prévenir le plus précocement possible la survenance de violations et que, lorsque celles-ci surviennent, l'auteur doit en règle générale les corriger lui-même (voir JAAC 64 [2000], n° 24).).

1107 La surveillance fédérale repose sur l'art. 49, al. 2, Cst. Selon l'art. 186, al. 4, Cst., le Conseil fédéral a le devoir de veiller au « respect du droit fédéral » et de prendre les « mesures nécessaires ». La compétence du Conseil fédéral se fonde également sur l'art. 182, al. 2, Cst., c'est-à-dire la compétence générale de mise en œuvre. Le Conseil fédéral n'est pas contraint d'exercer lui-même cette fonction. Il peut déléguer la compétence de surveillance à une autorité administrative subordonnée (par exemple à un département ou à un office) (voir art. 177, al. 3, Cst. ; art. 47, al. 2, et 61*b* LOGA). Les décisions importantes ne peuvent pas être déléguées, en particulier s'agissent de l'usage de moyens de surveillance invasifs. La délégation de la recherche d'informations (identification, enquête, inspection) n'est guère problématique.

1108 La surveillance fédérale a deux objectifs : d'une part, assurer que les cantons remplissent correctement les tâches de mise en œuvre du droit fédéral qui leur sont confiées, d'autre part, éviter qu'ils n'empiètent sur le domaine de compétence de la Confédération ou qu'ils ne violent le droit fédéral lorsqu'ils exercent leurs droits souverains.

Moyens de surveillance

Conditions générales

1109 Tous les moyens utiles peuvent être employés à des fins de surveillance : ils ne sont pas limités. Le recours à un moyen plutôt qu'à un autre doit se faire en fonction des principes de l'État de droit, et plus précisément :

- Base légale suffisante (art. 5, al. 1, Cst.) : plus l'atteinte est importante, plus les exigences relatives à la base légale doivent être élevées. Une majeure partie de la doctrine demande une base légale particulière pour l'approbation des actes cantonaux par la Confédération (art. 186, al. 2, Cst.) et pour le recours des autorités (en raison des exigences de forme particulières du droit procédural ; voir l'aperçu dans JAAC 64 [2000], n° 24, ch. XIII, JAAC 69 [2005], n° 1, ch. II.D.2).
- Proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.) : recours au moyen approprié le plus modéré, par exemple : une correction plutôt qu'une décision à effet cassatoire, une cassation plutôt qu'une prise en charge par la Confédération.
- Subsidiarité (art. 5*a* Cst.) : il faut donner aux cantons la possibilité de remédier eux-mêmes à des infractions au droit fédéral avant toute intervention de la Confédération.

Il est possible de recourir à divers types de mesures de surveillance.

Instructions de caractère général

La Confédération peut faire parvenir aux cantons des circulaires et des directives précisant les modalités d'exécution du droit fédéral. Ce pouvoir découle directement du pouvoir de surveillance de la Confédération. Les instructions de caractère général constituent le moyen principal de surveillance à titre préventif de la Confédération. *1110*

Exemple :

- circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les élections pour le renouvellement intégral du Conseil national du 22 octobre 2023 (FF 2022 2547 ss).

Instructions dans un cas concret

La surveillance de l'autorité d'exécution par la Confédération peut se faire par le biais d'instructions relatives à un cas particulier. Dans la plupart des cas, cette surveillance ne peut être exercée que si l'autorité de surveillance est en mesure d'examiner les documents et d'exiger des informations. Le droit d'examiner les documents et d'exiger des informations est compris dans le pouvoir de surveillance de la Confédération qui peut en faire usage sans base légale particulière, dans la mesure où cela est nécessaire pour éclaircir les faits (voir art. 46, al. 1, et 49, al. 2, Cst. ; pour la mise en œuvre du droit international par les cantons, voir art. 5, al. 4, Cst.). L'examen ou la demande d'information peut déboucher sur une remarque ou une recommandation de la part de l'autorité de surveillance. Le canton négligent ou défaillant est invité à remédier à la violation du droit fédéral. *1111*

Remise périodique de rapports

Les cantons peuvent être tenus de remettre périodiquement un rapport sur la mise en œuvre de certaines dispositions du droit fédéral. Un instrument de surveillance de ce type sera prévu au moins au niveau d'une ordonnance. *1112*

Exemples :

- art. 41, al. 2, de la loi fédérale sur le travail (LT, RS 822.11) ;
- art. 85, al. 2, de l' ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2).

Inspection

Le droit fédéral peut prévoir l'inspection des administrations cantonales. L'inspection porte sur la mise en œuvre de certains actes législatifs fédéraux et permet à la Confédération de contrôler précisément l'activité administrative cantonale. Il s'agit d'un instrument de surveillance sévère, raison pour laquelle on ne l'utilisera qu'avec retenue. *1113*

Exemple :

- art. 45 CC combiné avec l'art. 85, al. 1, OEC (RS 211.112.2).

Approbation d'actes législatifs cantonaux

1114 Cet instrument de contrôle, avec effet préventif, permet à la Confédération d'examiner la conformité d'un acte législatif avec le droit fédéral (voir art. 186, al. 2, Cst.). La tendance actuelle étant de laisser aux cantons une plus grande autonomie dans la mise en œuvre, on ne prévoira une approbation que dans les cas où cela est absolument nécessaire. Selon les cas, on limitera l'approbation aux parties essentielles de la réglementation fédérale et/ou à la phase d'introduction du nouveau droit. On peut également prévoir une simple obligation de communiquer au lieu de celle d'obtenir une autorisation. Pour prévoir une telle approbation, une base légale formelle est nécessaire. L'approbation est constitutive et est, par conséquent, une condition de validité de l'acte législatif cantonal. Cette approbation est généralement donnée par le département, et, dans les cas litigieux, par le Conseil fédéral (voir art. 61*b* LOGA, RS 172.010).

Exemple :

- dispositions cantonales concernant l'état civil (voir art. 49, al. 3, CC, RS 210).

Recours des autorités fédérales

1115 Le droit de recours des autorités fédérales doit permettre d'appliquer le droit fédéral de manière correcte et uniforme.

1116 La Confédération a, en vertu de l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, le droit de recourir devant le Tribunal fédéral contre les décisions émanant du Tribunal administratif fédéral ou contre celles prises en dernière instance cantonale. Si la qualité pour recourir appartient ordinairement au département compétent, elle peut, dans les cas visés par l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, être attribuée par une ordonnance aux offices.

1117 S'agissant des décisions prises par une autorité cantonale en application du droit fédéral, l'autorité fédérale qui aurait qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre la décision du tribunal cantonal supérieur peut recourir devant les autorités cantonales précédentes (art. 111, al. 2, LTF).

Annulation d'une décision cantonale

1118 Cette mesure de surveillance, qui entre dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral, constitue une atteinte grave à l'autonomie cantonale garantie par l'art. 47 Cst., ainsi qu'au système de recours ordinaire. Même si cet instrument de surveillance ne nécessite pas selon la doctrine dominante de base légale spéciale (voir JAAC 64 [2000], no 24, ch. XIII), il n'est en principe pourtant pas conseillé d'y recourir dans le cadre d'un État fédéral. L'annulation d'une décision cantonale n'a qu'un caractère subsidiaire par rapport à la procédure de recours. C'est pourquoi la correction d'un acte d'exécution ne devrait avoir lieu que dans une procédure de recours, de manière à préserver les droits des tiers concernés de même que

l'indépendance du contrôle.

La possibilité d'annuler, au titre du droit de surveillance, une décision judiciaire cantonale relative à la mise en œuvre du droit fédéral est contestée par la doctrine. La Division de la justice y était opposée en 1961 (JAAC 30 [1961], n° 15, p. 41 ss), mais le Conseil fédéral s'est arrogé ce pouvoir en 1974 dans l'affaire Fextal. *1119*

Exemple :

- art. 13 de l'arrêté fédéral instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire (RO 1972 652) ; cas d'application : « Affaire Fextal » (voir *ZBl* 1974, p. 529 ss ; *ZBl* 1975, p. 361 ss et 367 s. et voir également les commentaires relatifs au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, JAAC 64 [2000], n° 24, ch. XII).

Tâches de la Confédération en matière de mise en œuvre

La préparation de la mise en œuvre revient à créer les conditions pour qu'un acte normatif entre en vigueur et puisse déployer ses effets. La Confédération et les cantons doivent notamment édicter les dispositions d'exécution et mettre en place l'infrastructure nécessaire par des mesures organisationnelles. *1120*

Certaines normes, notamment celles du droit privé, s'adressent directement aux sujets de droit (privés). Les normes de droit public doivent par contre souvent être mises en œuvre par des actes juridiques de l'État. Cet aspect-là concerne en règle générale les cantons et les communes. Les procédures du droit cantonal (par ex. le référendum législatif) doivent être respectées, ce qui demande un certain temps. *1121*

Les autorités fédérales assument surtout les tâches suivantes : *1122*

- fixer la date de l'entrée en vigueur, sur la base des plans élaborés par la Confédération et les cantons (v. *ch. 1074*) ;
- élaborer aussi tôt que possible les esquisses d'acte normatif des ordonnances ainsi que les projets d'ordonnance, soumettre ces derniers aux autorités d'exécution pour information préalable ;
- assurer une information continue sur l'état d'avancement des travaux législatifs ;
- associer les cantons aux travaux préparatoires, si le projet de la Confédération touche leurs intérêts essentiels au niveau de la mise en œuvre ; il s'agit d'assurer que les instances de décision politique (chef de département, commission parlementaire) soient renseignées suffisamment tôt sur la mise en œuvre. Par ailleurs, une certaine représentativité doit être assurée ; les experts des administrations cantonales ne doivent pas parler uniquement pour leur canton, mais veiller aussi à l'intégration des avis des cantons non représentés (rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », p. 35, www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme) ;
- concevoir l'exécution des actes normatifs fédéraux de façon à limiter le plus

possible la charge administrative pour les entreprises, conformément à l'art. 2 LACRE (limiter le nombre d'interlocuteurs, limiter la durée des procédures au moyen de délais d'ordre, exploiter les moyens électroniques, concevoir des formulaires simples et uniformes, contrôler les entreprises en fonction des risques) ;
- faciliter la mise en œuvre par des moyens auxiliaires (directives, lignes directrices, liste de contrôle, modèles d'actes, contacts directs, etc.) ;
- au besoin, élaborer des plans (par ex. des plans d'assainissement) en collaboration avec les instances de mise en œuvre ;
- conclure des conventions-programmes ;
- effectuer des actes juridiques individuels et concrets (par ex. accorder des autorisations, octroyer des subventions, autoriser des projets) ;
- informer les autorités politiques et le public de l'état de la mise en œuvre et des difficultés éventuelles ;
- observer la mise en œuvre et la réalité juridique, anticiper les risques (sur la base de données, d'observations, de contacts directs, de séminaires, etc.) ;
- exercer la surveillance (par ex. instructions, rapports, inspections, autorisation d'actes cantonaux, recours de la Confédération) ;
- répondre aux interventions parlementaires fédérales ;
- répondre aux questions des autorités d'exécution et des milieux concernés (par ex. en ce qui concerne l'interprétation des dispositions juridiques) ;
- effectuer des travaux de fond et de formation (par ex. élaborer des commentaires d'actes et autres aides à l'interprétation, participer à des séminaires et des sessions d'information).

1123 Si la mise en œuvre présente des difficultés, les autorités fédérales compétentes prennent des mesures telles que l'amélioration de la formation, des instructions aux autorités d'exécution ou l'élaboration d'un projet de modification législative.

1124 La mise en œuvre est généralement un processus participatif pour les autorités fédérales. Les autorités d'exécution et les représentants des milieux concernés y sont associés sous diverses formes (par ex. contacts directs, groupes de travail, séminaires).

19 Assistance administrative

Objet

L'assistance administrative est l'assistance réciproque que se prêtent les unités administratives dans l'exécution de leurs tâches. L'entraide administrative peut se dérouler au sein d'une collectivité publique (par exemple entre autorités fédérales) ou entre autorités fédérales et cantonales, mais elle peut aussi être transfrontalière (voir ci-dessous). *1125*

L'aide peut être fournie sous toutes les formes que revêt l'activité administrative. Le plus souvent, il s'agira de transmettre des informations, à savoir fournir des renseignements, produire des pièces et autoriser l'accès à des banques de données. *1126*

Délimitation

Cette forme d'assistance doit être distinguée de l'entraide judiciaire. Cette dernière est régie par le droit de procédure (pénale, civile et administrative) et a essentiellement pour objet le soutien que les autorités judiciaires s'apportent pour accomplir des actes de procédure. *1127*

Remarques générales

Les unités administratives de la Confédération sont tenues de collaborer et doivent se communiquer les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales (art. 14, al. 1 et 3, OLOGA). Au-delà de ce devoir général de coopération, la législation fédérale ne comprend pas de règles générales sur l'assistance administrative ; même la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ne contient aucune disposition réglementant l'échange d'informations au niveau fédéral. L'entraide administrative (formes autorisées, conditions, procédures et compétences) est régie par des lois spéciales, spécifiques à chaque domaine *1128*

Limites de l'assistance administrative

L'assistance administrative est limitée à la fois par les dispositions régissant le secret de fonction (voir art. 22 de la loi sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1) et l'art. 320 CP (RS 311.0) relatif à la protection pénale du secret de fonction, et à la fois par la législation sur la protection des données (voir en particulier la LPD, RS 235.1). *1129*

Réglementation de l'assistance administrative

Il est nécessaire de prévoir une réglementation sur l'assistance administrative dans une loi formelle lorsque les informations devant être communiquées sont soumises à un secret protégé par la loi. Il en va de même en cas de grave atteinte *1130*

aux droits fondamentaux, en particulier lorsque des données sensibles sont échangées (art. 34, al. 2, LPD ; RS 235.1).

1131 La loi doit expressément prévoir le principe de l'assistance administrative.

Exemples :

- art. 21 de la loi sur le transfert de biens culturels (LTBC ; RS 444.1) ;
- art. 32 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) ;
- art. 29 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0) ;
- art. 184 de la loi sur l'agriculture (LAgr ; RS 910.1) ;
- art. 6 de la loi sur les embargos (LEmb ; RS 946.231).

Si des autorités soumises à une obligation de garder le secret en vertu d'une autre loi sont également tenues à l'assistance administrative, les deux obligations doivent être harmonisées, par exemple par une dérogation explicite à l'obligation de garder le secret.

En revanche, peuvent figurer dans une ordonnance les règles concernant la forme et l'étendue de la prestation (par ex. transmission de documents, inventaires des données à communiquer), le détail des conditions d'accès aux informations ainsi que l'énumération des autorités obligées ou autorisées à collaborer.

Exemple :

- art. 28, al. 3, de l'ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI ; RS 837.02) ;
- art. 73 à 78 de l'ordonnance sur le contrôle des stupéfiants (OCStup ; RS 812.121.1).

Réglementation de l'assistance administrative internationale

1132 L'assistance administrative internationale se déroule, comme son nom l'indique, entre autorités administratives ou de surveillance suisses et étrangères. Il est nécessaire de régler dans la loi (formelle) la finalité pour laquelle l'autorité requérante peut demander une information, la manière dont elle doit traiter les informations reçues, si elle peut la transmettre et à qui (par ex. aux autorités de poursuite pénale).

Exemples :

- art. 26 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR ; RS 221.302) ;
- art. 103 de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 732.1) ;
- art. 64 de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21).

1133 L'assistance administrative opérée au profit d'une autorité étrangère peut constituer une violation de l'art. 271 CP, qui prévoit une sanction pénale à l'encontre de celui qui, sans y avoir été autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour le compte d'un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics.

L'autorisation requise peut découler d'un traité international, d'une loi ou d'une décision. La notification transfrontalière d'actes administratifs, qui est également

qualifiée d'acte étatique pour le compte d'un autre État, est souvent réglée par des traités internationaux.

Exemples :

- Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (RS 172.030.5) ;
- Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1).

1134 Des formes particulières de collaboration avec les autorités étrangères se sont révélées nécessaires ces dernières années dans certains domaines ; elles doivent être réglées dans la loi. Ainsi, les activités de contrôle communes et coordonnées en Suisse ou à l'étranger (contrôles de terrain) ont par exemple été spécifiées et la procédure pour les personnes concernées par les mesures d'entraide administrative a été précisée.

Exemples :

- art. 27 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR ; RS 221.302) ;
- art. 21*a* et 22*b* de la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF ; RS 651.1) ;
- art. 64*a* de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21).

20 Évaluation des mesures prises par l'État

Aperçu

Définition

1135 Les évaluations sont des analyses ciblées et limitées dans le temps, qui visent à cerner le concept, la mise en œuvre et les effets des mesures étatiques, à quantifier, si possible, ces trois aspects et à évaluer jusqu'à quel point ces mesures contribuent à atteindre le but visé et à améliorer le bien-être de la collectivité.

Fonctions

1136 Les évaluations remplissent les quatre fonctions suivantes :

- rendre compte de l'action des pouvoirs publics ;
- mettre en lumière des points offrant des perspectives d'amélioration et déclencher des processus d'apprentissage ;
- tirer des enseignements qui serviront à la conception ou à l'adaptation des mesures étatiques, de même qu'à leur planification et
- de manière générale, élargir les connaissances que l'on a des mesures étatiques ou plutôt des conditions requises pour que ces dernières soient efficaces.

Qui réalise les évaluations ?

1137 L'évaluation des mesures fédérales – ou l'exécution de mandats d'évaluation par des entreprises externes (instituts universitaires, bureaux d'études privés) – est presque toujours l'affaire de spécialistes des différents domaines concernés. C'est la raison pour laquelle les services chargés de la législation dans les offices fédéraux n'y sont généralement confrontés qu'indirectement et n'ont pas besoin de connaissances approfondies sur l'évaluation des mesures. En revanche, ils devraient :

- savoir qu'il existe une obligation d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales (v. *ch. 1140 ss*) ;
- connaître les concepts et les instruments dont on dispose pour ce faire (v. *ch. 1146 ss*) et
- prendre à l'avance les mesures préparatoires nécessaires, faute de quoi l'acquisition des informations et des données risquera d'occasionner des frais considérables pour un profit en fin de compte modeste (v. *ch. 1163 ss*).

Assistance

1138 Le service d'évaluation législative au sein des unités projets législatifs de l'OFJ offre son assistance pour toute question en lien avec l'évaluation de l'efficacité des mesures étatiques.

Bases légales et directives pertinentes

- art. 170 Cst (RS 101).; *1139*
- art. 26, 27 et 44, let. e et f, LParl (RS 171.10) ;
- art. 10 de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA, RS 171.115) ;
- art. 5 de la loi sur le contrôle des finances (LCF, RS 614.0);
- art. 3 et 7 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (RS 930.31).

Le Conseil fédéral a pris à l'adresse des offices et des départements un certain nombre de mesures et de décisions relatives à l'évaluation de l'efficacité au sein de l'administration fédérale. Elles sont regroupées sous le titre : Transposition de l'art. 170 de la Constitution fédérale au sein de l'administration fédérale.

Moyens auxiliaires

- informations de l'OFJ sur la réalisation d'évaluations de l'efficacité (notamment bibliographie et guides) ;
- recommandations de l'OFJ pour la formulation des clauses d'évaluation ;
- informations sur les évaluateurs externes de la Société suisse d'évaluation (SEVAL);
- standards de la SEVAL et ses explications;
- Guide du SECO sur la réalisation d'études sectorielles en vertu de l'art. 7 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises.

Obligations générales d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales

L'autorité fédérale chargée d'accomplir une tâche incombant à l'État n'a pas seulement l'obligation de contrôler si cette tâche est mise en œuvre de façon conforme et, dans le cas contraire, d'apporter les correctifs qui s'imposent. Elle doit également examiner si les conditions générales requises pour l'accomplissement de cette tâche sont toujours réunies et si l'acte législatif atteint les objectifs définis. En cas de réponse négative à cette double question, elle doit prendre les mesures nécessaires : *1140*

- améliorer la mise en œuvre ;
- informer les instances politiques des carences de mise en œuvre ;
- lancer la procédure de révision ou d'abrogation de l'acte en cause ou engager l'élaboration d'un autre acte législatif.

L'obligation d'observer l'efficacité d'un acte législatif résulte de l'art. 170 Cst. L'art. 170 Cst., qui s'adresse en premier lieu au Parlement, a été concrétisé dans la LParl sous la forme des dispositions suivantes : *1141*

- haute surveillance (art. 26, al. 3, LParl) : introduction des critères de l'opportunité, de l'efficacité et de l'efficience économique ;

- évaluation de l'efficacité (art. 27 LParl) : les organes de l'Assemblée fédérale peuvent exiger des évaluations de l'efficacité, examiner les évaluations effectuées ou attribuer eux-mêmes des mandats d'évaluation. ;
- attributions des commissions (art. 44, al. 1, let. e et f, LParl) : les commissions soumettent des propositions ou donnent des mandats afin que des évaluations soient réalisées et participent à la définition des priorités ; elles tiennent compte des résultats de ces évaluations.

1142 Le Conseil fédéral peut en tout temps procéder à des évaluations sur la base de ses compétences de mise en œuvre (art. 182, al. 2, Cst.) et de surveillance (art. 187, al. 1, let. a, Cst.) ; ses services peuvent (faire) mener des évaluations en se fondant sur ces bases constitutionnelles. Le Conseil fédéral et ses services n'ont pas besoin pour cela d'une base légale spécifique.

1143 L'obligation du Conseil fédéral d'observer l'efficacité des mesures fédérales et d'apporter, le cas échéant, les correctifs requis découle des art. 5 et 36 LOGA (RS 172.010). En outre, celui-ci désigne dans ses objectifs annuels trois à cinq domaines qui sont soumis à une évaluation externe en vue de déterminer le potentiel d'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 7, al. 1, LACRE).

1144 La Chancellerie fédérale assiste le Conseil fédéral lors de cet examen dans le cadre de la planification et de l'établissement du rapport de gestion (planification de la législation, objectifs annuels, rapport de gestion).

1145 L'art. 5 de la loi sur le Contrôle des finances (LCF, RS 614.0) confère au Contrôle fédéral des finances le mandat d'accomplir les contrôles de rentabilité.

Moyens juridiques spécifiques à l'observation et à l'évaluation de l'efficacité

Aperçu

1146 Des obligations spécifiques d'observation, de communication et de contrôle sont instaurées dans différents domaines politiques. Elles peuvent revêtir les trois principales formes suivantes :

Obligation d'établir des rapports

1147 En consacrant l'obligation de lui adresser régulièrement des rapports, le Parlement souhaite s'assurer un flux continu d'informations sur certaines questions.

Exemple :

- art. 10 de la loi sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201).

1148 Par ailleurs, le Conseil fédéral informe aussi le Parlement de sa propre initiative ou à la suite d'une intervention parlementaire.

Exemple :

- rapport du Conseil fédéral du 18 mars 2020 sur l'évaluation de la législation "Swissness".

Clauses d'évaluation

Les clauses d'évaluation sont des normes juridiques qui obligent les destinataires qui y sont désignés à contrôler les effets de certaines lois ou mesures. Dans certains cas, l'introduction d'une telle clause dans un acte législatif vise également à s'assurer que des moyens financiers suffisants soient mis à disposition à cette fin. Aucune terminologie uniforme ne s'est encore imposée en matière de clauses d'évaluation. Une vue d'ensemble des différentes clauses d'évaluation ainsi que des recommandations pour la formulation des clauses d'évaluation sont présentées sur la page d'accueil de l'OFJ (www.ofj.admin.ch > État & citoyen > Évaluation de l'efficacité > Documents relatifs à l'évaluation de l'efficacité). *1149*

Réglementations expérimentales

Les réglementations expérimentales sont des actes législatifs d'une durée limitée associés à des mesures de contrôle de l'acte et d'évaluation de ses effets (clause d'évaluation). Leur but est d'accumuler les expériences qui serviront ultérieurement de bases de décision devant aboutir à des solutions législatives définitives (pour plus de détails, v. *ch. 1046 ss*). *1150*

Instruments d'information

Aperçu

Pour s'acquitter de l'obligation qui leur est faite de surveiller la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales, les autorités compétentes disposent d'un grand nombre d'instruments d'information que l'on peut subdiviser en quatre groupes. *1151*

Observation sur le terrain politique

Les instruments d'observation sur le terrain politique sont nombreux : données statistiques, articles de presse, ouvrages spécialisés, études scientifiques, contacts personnels, communiqués des partis ou des groupements politiques, etc. Ces instruments permettent aux autorités chargées de la surveillance d'acquérir des informations dans leur domaine de compétence (par ex. les bourses d'études ou la protection des eaux). Par ailleurs, la Confédération a également le droit d'observer l'évolution dans certains domaines qui ne relèvent pas de ses attributions constitutionnelles. Dans le cadre d'interventions ou de débats parlementaires, le Conseil fédéral est souvent invité à prendre position sur des questions de ce genre. *1152*

Monitoring (observation de la mise en œuvre des mesures), statistique

1153 Le *monitoring* est important notamment dans le cadre de la surveillance fédérale. Il fournit en effet des informations sur la mise en œuvre d'un acte législatif à partir d'observations diverses et variées. Figurent notamment parmi les instruments du *monitoring* :

- les rapports des services cantonaux concernant la mise en œuvre des actes législatifs (obligation d'établir des rapports, par ex. art. 4, al. 4, de la loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41) ;
- les statistiques (v. site Internet de l'OFS, www.bfs.admin.ch) ;
- l'obligation de communiquer certaines informations prescrite par différents textes législatifs (par ex. art. 24, al. 3, de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger [LFAIE], RS 211.412.41) ;
- les informations fondées sur des procédures de droit administratif (comme le droit de recours des autorités fédérales).

1154 Les données fournies par le *monitoring* sont régulièrement recueillies et permettent souvent d'établir des comparaisons dynamiques, parfois même horizontales (par ex. entre les cantons ou les communes), ainsi que des comparaisons avec les objectifs qui avaient été définis ; de plus, elles sont relativement peu coûteuses, même s'il ne faut pas sous-estimer le coût de la collecte des données pour les organes qui les fournissent.

Controlling

1155 Le terme de « *controlling* » provient à l'origine de l'économie d'entreprise. En Suisse, en Autriche et en Allemagne, le *controlling* est compris comme un instrument d'information et de contrôle de la mise en œuvre d'un projet. Ce terme a acquis une certaine importance dans le cadre de la nouvelle gestion publique. Dans ce contexte, les indicateurs de performance jouent un rôle essentiel dans l'évaluation de l'activité des services administratifs. Les conventions de prestations passées entre le gouvernement et l'administration – ou plus souvent encore entre des unités administratives organisées hiérarchiquement – prévoient des indicateurs de prestation ainsi que des objectifs. Dans le langage des sciences politiques, les valeurs convenues sont généralement des indicateurs de prestations (*output*) qui indiquent quels sont les produits et prestations fournis par une unité administrative et de quelle manière ils sont demandés sur le marché. Le *controlling* récolte des données qui peuvent être mises en relation directement ou indirectement avec la mise en œuvre et le degré de réalisation des objectifs d'une loi.

1156 Par conséquent, le *controlling* est, à l'instar du *monitoring*, un instrument d'observation de la mise en œuvre, qui possède cependant une fonction directive plus marquée. Le *controlling* permet de collecter au fur et à mesure des données sur la mise en œuvre et certains effets d'un acte, données qui pourront servir de base à

d'éventuelles évaluations. Contrairement aux autres instruments, le *controlling* est toujours étroitement associé aux procédures bureaucratiques. Il fait partie de la gestion professionnelle des projets et doit s'adapter aux besoins de ces derniers. La Confédération effectue un *controlling* en particulier lors de la création d'offices GMEB.

Évaluations rétrospectives

Les évaluations rétrospectives visent à contrôler empiriquement des mesures étatiques qui sont déjà en vigueur ou mises en œuvre. Elles servent à déterminer et à évaluer l'effectivité (conformité de la mise en œuvre), l'efficacité (degré de réalisation des objectifs) et l'efficience (rentabilité) des mesures étatiques. Pour procéder à de telles analyses, on recourt généralement aux méthodes de collecte (par ex. statistiques, sondages réalisés en face à face) et d'interprétation (qualitative et quantitative) des données propres aux sciences sociales. Ces méthodes fournissent des informations détaillées sur les différents effets des mesures étatiques et sur les relations qu'il peut y avoir entre elles. *1157*

Évaluer signifie attribuer une valeur à un objet. Dans le langage courant, ce terme est souvent utilisé dans un sens prospectif (comme par exemple lorsqu'on cherche à déterminer quel est l'ordinateur le plus adapté à ses besoins) ou, de manière plus générale, dans le sens d'évaluation de la qualité. Cependant, la qualité des mesures étatiques n'est pas aisément perceptible ; il faut souvent la découvrir par des moyens empiriques (par ex. des statistiques ou des enquêtes qualitatives) et en tenant compte de leurs effets. On ne peut la juger qu'en spéculant sur ce qu'aurait été la situation sans ces mesures. Néanmoins, par comparaison avec d'autres facteurs (comme le développement économique, les tendances de la société, etc.), les mesures étatiques n'ont souvent qu'une importance secondaire. C'est pourquoi l'évaluation ou le mesurage de leurs effets est généralement ardue. Pour ce faire, il existe différentes méthodes : colloques d'experts, observations approfondies du cheminement des effets ou comparaisons au sens propre. Les comparaisons temporelles permettent de comparer une situation avant et après l'entrée en vigueur d'une mesure. Dans les comparaisons horizontales, on compare entre des groupes de personnes, des régions, des pays, etc., concernés par les mesures et d'autres qui ne le sont pas. Dans ce que l'on appelle les expériences (par ex. l'analyse des conséquences des accidents avec et sans port de la ceinture de sécurité), on combine généralement les deux types de comparaison. *1158*

Contrairement à une opinion largement répandue, les indicateurs d'impact (ou indicateurs de résultats) ne sont guère explicites en ce qui concerne les effets des mesures étatiques, et donc en ce qui concerne les questions causales. Une diminution du taux de chômage (indicateur d'impact très important) peut certes être attribuée aux programmes de création d'emplois mis en place, mais elle devrait être plus souvent due à des tendances fondamentales de l'économie (situation de *1159*

l'économie mondiale, situation conjoncturelle des principaux débouchés des produits et services suisses). C'est la raison pour laquelle la compréhension des relations causales doit fréquemment passer par des études plus approfondies réalisées dans le cadre d'évaluations.

Comparaison des instruments d'information

1160 Alors que les instruments d'observation sur le terrain politique ne font guère l'objet de controverses, les avis sont parfois partagés en ce qui concerne les instruments qui permettent d'étudier la mise en œuvre et les effets des mesures prises par l'État (*monitoring*, *controlling*, évaluation rétrospective). Pourtant, chacun de ces trois instruments d'information possède des atouts et des faiblesses spécifiques et, de ce fait, des domaines d'utilisation différents.

	Monitoring	**Controlling**	**Evaluation rétrospective**
But	Observation permanente de la mise en œuvre de la mesure.	Instrument de conduite permettant de sélectionner, d'accompagner, de contrôler et de développer des projets et des programmes de manière ciblée.	Élaboration d'affirmations vérifiables empiriquement sur l'interaction des différents effets des mesures étatiques.
Questions essentielles	Comment la situation évolue-t-elle dans le champ d'intervention ?	Un projet a-t-il le potentiel d'efficacité nécessaire pour atteindre ses objectifs et les indicateurs choisis évoluent-ils dans la direction souhaitée ?	De quelle façon une mesure est-elle mise en œuvre et quels sont ses effets dans la pratique ? Est-ce que la mesure est économique ?
Fréquence	Étude permanente des données dans le cadre d'un système de collecte autonome.	Étude permanente des données dans le cadre de la mise en œuvre et de l'accompagnement du projet.	Études scientifiques approfondies réalisées à des moments précis.
Atouts	Feedback continu sur la question de savoir si le problème visé subsiste encore ; identification précoce.	Feedback rapide ; amélioration des procédures ; enregistrement automatique dans l'organisation de la mise en œuvre.	Connaissance approfondie de la mise en œuvre, effets et efficience ; compréhension des forces et des faiblesses de la mise en œuvre et de leur interaction.
Faiblesses	Il manque la relation entre la mesure et ses effets ; marge d'interprétation ; sélection des indicateurs difficile à expliquer.	Aucune preuve de l'interaction des effets postulée ; ne permet pas d'expliquer les échecs.	Coûteuse ; demande beaucoup de temps.

Compte tenu de leurs atouts/points faibles respectifs, aucun de ces trois instruments n'est en mesure de satisfaire à lui seul tous les besoins mis en évidence par l'observation de la mise en œuvre et des effets des actes législatifs. Les instruments utilisés pour l'observation permanente (*monitoring*) et le contrôle (*controlling*) seront donc avantageusement associés à des études plus approfondies (évaluation). Un bon *controlling* et un ensemble suffisant de données de *monitoring* peuvent alléger considérablement la charge de travail occasionnée par la collecte des données nécessaires à l'évaluation et de ce fait en réduire le coût. Inversement, les évaluations peuvent aider à déterminer si les données fournies par le *controlling* et le *monitoring* embrassent les principaux aspects des effets à observer et mesurent vraiment ce qu'elles prétendent mesurer. 1161

Toute statistique repose sur certaines délimitations prédéfinies. C'est ainsi que l'on ne tient compte, pour déterminer le nombre de chômeurs ou le taux de chômage, que des personnes enregistrées auprès de l'assurance chômage (sans compter les chômeurs de longue durée). Les personnes qui se trouvent dans un programme d'embauche temporaire ou qui suivent une formation de longue durée ne sont pas enregistrées parmi les chômeurs. Pour obtenir un tableau complet du chômage, il faut d'autres renseignements que les seules données figurant dans les registres des assurances chômage (par ex. le nombre des demandeurs d'emploi et les données relevées dans le cadre de l'enquête suisse sur la population active, ESPA). 1162

Acquisition des informations

Généralités

Les informations concernant la réalité juridique – par ex. la mise en œuvre dans les cantons, l'effet des mesures sur la société, l'économie et l'environnement – et les données relatives aux effets économiques d'un acte peuvent revêtir une grande importance stratégique dans le cadre d'un projet législatif. Il vaut donc la peine d'engager le plus tôt possible une réflexion sur les modalités d'acquisition de ces informations. En effet, si on est amené à constater en cours de route l'existence d'importantes lacunes, l'acquisition des informations manquantes risque de retarder le processus législatif de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Il conviendra également de prévoir, le cas échéant, les moyens financiers nécessaires pour rémunérer des mandats externes (comme par exemple la réalisation de sondages ou d'une évaluation détaillée). 1163

Études de droit comparé

Les études de droit comparé fournissent des renseignements sur les solutions législatives retenues dans d'autres pays. L'Institut suisse de droit comparé (www.isdc.ch) est spécialisé dans ce type d'études. La création d'un tableau comparatif des législations des principaux États européens prend deux à trois mois ; 1164

les services rendus aux autorités fédérales sont décomptés selon les principes régissant la facturation interne dans l'administration fédérale (art. 6, al. 1, de l'ordonnance sur les émoluments de l'Institut suisse de droit comparé, RS 425.15). Il peut être utile, préalablement à l'exécution du mandat, que le responsable du dossier ait un entretien approfondi avec la personne chargée du travail à l'Institut de droit comparé afin de définir précisément la nature des informations nécessaires. Lors de la planification, il faudra tenir compte non seulement du délai demandé par l'Institut de droit comparé, mais également du laps de temps nécessaire pour l'analyse des documents fournis.

Création de systèmes de controlling ou de monitoring

1165 La création de tels systèmes au niveau fédéral peut prendre une, voire plusieurs années. L'acquisition des informations doit généralement être préparée en concertation avec les cantons ou les autres organes chargés de la réalisation du projet et des discussions approfondies doivent avoir lieu afin de définir de quelle manière les objectifs de la Confédération en matière d'information pourront être atteints sans mettre exagérément à contribution les services appelés à fournir des données. De longs laps de temps sont souvent nécessaires pour que ces systèmes soient prêts à livrer des données et des informations utiles.

Durée et coûts financiers

1166 Les moyens financiers et le temps requis par les évaluations dépendent dans une large mesure des objectifs et de l'ampleur du projet. L'annexe 4 chiffre 2 de la loi fédérale sur sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.01) définit les valeurs seuils et les procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux. Pour les services, comme des mandats d'évaluation, dès 230'000, la procédure doit être ouverte ou sélective. Dès 150'000, la procédure doit se faire sur invitation et lorsque le montant se situe en dessous de 150'000, la procédure peut se faire de gré à gré.

Les chiffres ci-dessous permettent de donner des indications de coûts financiers selon les différents types d'évaluation:

- Évaluations de la mise en œuvre : les enquêtes sur la mise en œuvre dans les cantons ou les sondages auprès des destinataires des prestations étatiques sont généralement réalisables dans un délai de six mois et avec un budget de 60 000 francs. Les études de ce type fournissent des renseignements, d'une part, sur le niveau de mise en œuvre, et, d'autre part, sur le point de vue des services chargés de la mise en œuvre ou sur l'opinion des destinataires des prestations à propos de la qualité de celles-ci. Les études combinées (par ex. entretiens avec les services en charge de la mise en œuvre et sondages auprès des usagers) ou des études développées peuvent déborder du cadre financier ou des délais évoqués ci-dessus.

- Évaluations des effets (études de résultats, analyses des effets) : ces évaluations permettent, par exemple, de reconstituer le cheminement des effets des mesures (avec analyses de documents, sondages, questionnaires), d'interroger des experts sur leur opinion et leurs connaissances (entretiens personnels, réalisés éventuellement en plusieurs fois), de collecter et d'exploiter des données concernant les groupes-cibles et éventuellement un groupe de contrôle (non concerné par la mesure), de procéder à des comparaisons à l'échelle internationale, etc. De telles évaluations coûtent généralement 100 000 francs au moins et nécessitent un délai minimum d'une année.
- Évaluations des aspects économiques (analyses de la rentabilité) : la durée et le coût financier de telles études dépendent dans une large mesure du but recherché. Les études microéconomiques portant sur les potentiels d'optimisation et les questions d'organisation peuvent être réalisées dans un délai de trois à six mois et pour une somme de 30 000 francs environ. Les études plus approfondies du rapport coût/utilité des mesures législatives sont nettement plus onéreuses (coût : > 100 000 francs ; délai requis : > un an).

Il s'agit également de ne pas oublier, au niveau des services qui commandent les évaluations, le temps nécessaire à la préparation du travail (planification et procédure d'adjudication) et à l'exploitation des résultats, ni les ressources personnelles à engager dans l'accompagnement du dossier. Convenablement préparées et réalisées, les études mentionnées constituent de bonnes bases pour l'analyse des problèmes, la définition des objectifs et, le cas échéant, la recherche de solutions. *1167*

Étapes et options

Situation de départ

Un acte législatif est entré en vigueur. Les bases juridiques qui sont, le cas échéant, nécessaires à l'acquisition des données requises pour l'évaluation ont été élaborées. *1168*

Établir un concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif

Avant l'approbation du message et, au plus tard, à la date de l'entrée en vigueur de l'acte législatif, l'office compétent aura engagé une réflexion sur la manière de contrôler l'efficacité des normes. À cette fin, il s'assure, dans toute la mesure du possible, le concours des acteurs participant à la mise en œuvre, notamment des autorités d'exécution (généralement, les cantons). *1169*

Le concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif comporte des réflexions sur : *1170*

- le modèle d'impact de l'acte législatif (v. *ch. 184*) ;
- les milieux concernés par l'évaluation de l'efficacité et leur association éventuelle à cette évaluation (par ex. sous la forme d'un groupe de suivi) ;
- les instruments d'information à utiliser (notamment *controlling* et *monitoring*,

évaluations réalisées sur le plan interne ou confiées à des spécialistes externes) et
- l'usage qui sera fait des résultats obtenus (par ex. rapport au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale, pilotage de l'exécution, remaniement de l'acte législatif).

Assurer la collecte des données en continu et le controlling de la mise en œuvre de l'acte

1171 L'office compétent collecte (en collaboration avec l'OFS, les autorités d'exécution et, au besoin, les autres milieux sur lesquels l'acte législatif produit ses effets) les données permettant d'évaluer la mise en œuvre et l'efficacité de l'acte et, partant, de garantir la mise en place d'un *controlling*. En collaboration avec les autorités d'exécution, l'office compétent apporte, si nécessaire, les correctifs qui s'imposent pour garantir une mise en œuvre conforme aux objectifs fixés.

Au besoin, procéder à une évaluation de l'acte ou en charger un organisme externe

1172 Au besoin, l'office se livre à une évaluation plus approfondie de la mise en œuvre et de l'efficacité de l'acte législatif. Il est recommandé qu'il le fasse si l'acte législatif comporte une clause d'évaluation, si une motion parlementaire l'exige et si l'acte législatif
- revêt une grande portée pour l'économie et la société ;
- a une grande importance pour les finances de la Confédération ;
- a un caractère novateur mais que l'incertitude plane sur les effets qu'il produit réellement ;
- présente des difficultés de mise en œuvre ou donne lieu à de fortes divergences de vue quant à son opportunité, son efficacité et son efficience ou encore a valeur de signal pour d'autres domaines d'application.

1173 Lorsque l'office dispose en son sein de suffisamment de spécialistes et qu'il s'est, en particulier, doté d'un service d'évaluation législative, il peut procéder lui-même aux évaluations ou, du moins, à des parties de celles-ci, notamment lorsqu'elles ont pour but de déceler les améliorations à apporter. Il arrive fréquemment que des organismes externes (bureaux d'étude privés, instituts universitaires) soient chargés de procéder à l'évaluation. Lorsque l'évaluation vise à tirer un bilan de l'application d'un acte législatif, son exécution est en règle générale confiée à un organisme externe.

1174 Les évaluations permettent d'analyser de manière approfondie l'effectivité, l'efficacité et l'efficience d'un acte législatif. Elles se fondent, outre sur les données collectées et les analyses effectuées systématiquement, sur les résultats d'autres types d'enquêtes (par ex. sondages auprès de milieux concernés) et d'analyses.

Les évaluations requièrent une planification minutieuse (il ne faut pas sous-estimer le temps, les moyens financiers et les ressources humaines nécessaires à leur exécution). Et même le fait de confier une évaluation à un organisme extérieur ne dispense pas l'office compétent de la préparer soigneusement, d'encadrer sérieusement le travail de cet organisme et de préparer la suite des opérations. 1175

Tirer parti des résultats du controlling et de l'évaluation et mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent

Une fois connus les résultats du *controlling* et de l'évaluation, il appartient au service compétent ou à une autorité qui lui est supérieure d'en tirer les conclusions qui s'imposent et de mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent, soit directement, soit en donnant les mandats nécessaires. 1176

Résultat

L'effectivité, l'efficacité et l'efficience de l'acte législatif font l'objet d'un contrôle continu (*controlling*, *monitoring*) ou périodique (évaluation). L'administration en tire les conclusions qui s'imposent. 1177

Bibliographie choisie

Aubert, Jean-François, Traité de droit constitutionnel, Neuchâtel 1967/1982.

Aubert, Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bâle/Francfort sur le M. 1991/1995 (version de 1967 avec un supplément 1991/1992)

Aubert, Jean-François et al. (éd.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Bernee 1996.

Aubert, Jean-François / Mahon, Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Genève 2003.

Auer, Andreas / Malinverni, Giorgio / Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse, 3e éd., Berne 2013.

Beck, Joachim et al. (éd.), Reform von Staat und Verwaltung in Europa: jenseits von New Public Management? Zurich 2011.

Biaggini, Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Bâle 1996.

Biaggini, Giovanni / Gächter Thomas / Kiener, Regina (éd.), Staatsrecht, 2e éd., Zurich/St-Gall 2015

Ehrenzeller, Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina Europäische Menschenrechtskonvention, 5e éd., Bâle 2013.

Grabenwarter, Christoph, Europäischer Grundrechteschutz, Baden-Baden 2014.

Grisel, André, Traité de droit administratif, Vol. I et II, Neuchâtel 1984.

Haefliger, Arthur / Schürmann, Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2e éd., Berne 1999.

Häfelin, Ulrich / Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., Zurich/St-Gall 2016.

Häfelin, Ulrich / Haller, Walter / Keller, Helen / Thurnherr, Daniel, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

Haller, Walter / Kölz, Alfred / Gächter, Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Hangartner, Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Berne 1974.

Kiener, Regina / Kälin, Walter, Grundrechte, 2e éd., Berne 2013.

Klöti, Ulrich et al., Handbuch der Schweizer Politik, Zurich 2006.

Knapp, Blaise, Le fédéralisme, RDS 1984 II, p. 275 ss.

Knapp, Blaise, Précis de droit administratif, Bâle 1988.

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 3e éd. Berne/Munich/Vienne/Mayence, 2010.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zurich 2010.

Ladner et al. (éd.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zurich

2013
Moor, Pierre / Flückiger, Alexandre / Martenet, Vincent, Droit administratif Vol. I: Les fondements, 3e éd., Berne 2012.
Moor, Pierre / Poltier, Etienne, Droit administratif Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.
Müller, Georg, Mantelgesetze und Einheit der Materie, LeGes 2013/2 p. 507 ss.
Müller, Jörg Paul / Schefer, Markus, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Berne 2008
Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005.
Nussbaum, Hans-Georg, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen. in: LeGes 2003, p. 9 ss.
Nussbaum, Hans-Georg, Die Ausarbeitung von Verordnungen am Beispiel des neuen Zollrechts. in: LeGes 2007, p. 295 ss.
Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6e éd., Bâle/Francfort sur le M., 1986, Bd. 2 Besonderer Teil, 5e éd., Bâle/Stuttgart 1976.
Rhinow, René A. / Krähenmann, Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle 1990.
Rhinow, René / Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., Bâle 2009.
Saladin, Peter, Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenarbeit im schweizerischen Bundesstaat, RDS 1984 II, p. 431 ss.
Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz : juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zurich/St-Gall 2011.
Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
Thürer, Daniel / Aubert, Jean-François / Müller, Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001.
Tschannen, Pierre / Zimmerli, Ulrich / Müller, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009.
Tschannen, Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4e éd., Berne 2016.

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (éd.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Uhlmann, Felix, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in: Uhlmann (éd.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Uhlmann, Felix, Rechtsetzung durch Konkordate, LeGes 2011, p. 9 ss.

Uhlmann, Felix / Binder, Iris, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmaterie, LeGes 2009, p. 151 ss.

Uhlmann, Felix / Hofstetter, David, Die Verordnung aus dem Blinkwinkel der Rechtsetzungslehre, ZBl 2012, p. 455 ss.

Villiger, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2e éd., Zurich 1999.

Waldmann Belser Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Wildhaber, Luzius, Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne/Stuttgart/Vienne 1992, p. 121 ss.

Zimmerli, Ulrich, Bund-Kantone-Gemeinden, in: Zimmerli (éd.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berne 2000.

Zufferey, Jean-Baptiste, Pour un droit suisse de la surveillance, Revue de droit administratif et de droit fiscal, 2001, p. 59 ss.

Gestion de projet

Daenzer, Walter F. / Huber, F. (éd.), System Engineering: Methodik und Praxis, 10e éd., Zurich 1999.

Deutsche Gesellschaft für Projektmanagement / Gessler, Michael, Kompetenzbasiertes Projektmanagement, 5e éd., Nuremberg 2012.

Heintel, Peter / Krainz, Ewald E., Projektmanagement: Eine Antwort auf die Hierarchiekrise, 4e éd., Wiesbaden 2000.

Kummer, Walter A., Projekt Management – Leitfaden zu Methode und Teamführung in der Praxis, Zurich 1993.

Sciarini, Pascal, Zum Zeitbedarf des Gesetzgebungsverfahrens: Le processus législatif, in: Ulrich Klöti / Peter Knoepfel / Hanspeter Kriesi / Wolf Linder / Yannis Papadopoulos (éd.). Handbuch der Schweizer Politik. Zurich 2006: pp. 491–525.

Méthode législative

Chancellerie fédérale, directives sur les affaires du Conseil fédéral (« classeur rouge »; v. Intranet de la Chancellerie fédérale).

Chancellerie fédérale, Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, 3e éd., Berne 2012, état 2015.

DEFR, Regulierungsfolgenabschätzung, Handbuch, Berne 2013.

Böhret, Carl, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Heutiger Stand der Methodik und Erfahrungen mit der Integration in die Gesetzesvorbereitung in Deutschland. in: Schäffer, Heinz (éd.). Evaluierung/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland. Vienne 2005, p. 17 ss.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA), Baden-Baden 2001.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Bundesministerium des Innern, Berlin 2000.

Böhret, Carl / Hugger, Werner, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen, Cologne 1980.

Buser, Walter, Das Vorverfahren der Gesetzgebung, ZBl 1984, p. 145 ss.

Bussmann, Werner, Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgenabschätzung, LeGes 1998, p. 127 ss.

Eichenberger, Kurt et al. (éd.), Grundfragen der Rechtssetzung, Bâle 1978.

Errass, Christian, Kooperative Rechtsetzung, Zurich/St-Gall 2010.

Flückiger, Alexandre et al., Vernehmlassungsverfahren, LeGes 2011, p. 161 ss.

Flückiger, Alexandre / Guy-Ecabert, Christine (éd.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique, Genève/Zurich/Bâle 2008.

Graf/Theler/von Wyss (Hrsg.), Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014

Griffel, Alain (éd.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Berne 2014.

Hölfling Wolfram (éd.) Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung : Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin/De Gruyter, 2012.

Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung, Zurich 1983.

Keller Lucy, "Runde Tische" in der Gesetzgebung - Eine staatsrechtliche und rechtstheoretische Analyse informeller Verhandlung im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2008.

Kettiger, Daniel, Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen, Berne/Stuttgart/Vienne 2000.

Koller, Heinrich, Wunsch und Wirklichkeit im Umgang mit Volksinitiativen – Methodik der Umsetzung anhand von drei Beispielen, LeGes 2015, p. 545-569

Körber, Sandro, Experimentelle Rechtesetzung, LeGes 2015, p. 385-402

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre. 3e. éd., Berne/Munich/Vienne 2010.

Lienhard, Andreas, Zur Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzen, in: Kettiger, Daniel (éd.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 159 ss.

Leupold, Michael / Kuster, Susanne, Verantwortungsvolle Rechtsetzung, Anwaltsrevue 2011, p. 306 ss.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zurich 2010.

Morand, Charles-Albert (éd.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Müller, Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Elemente der Rechtssetzungslehre, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000, p. 39 ss.

Rhinow, René A., Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Bâle/Stuttgart 1979.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Bâle/Genève/Munich 2000.

Rödig, Jürgen (éd.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, mit Beiträgen u.a. von Werner Hauck, Rainer J. Schweizer, René A. Rhinow, Georg Müller und Peter Noll, Berlin/Heidelberg/New York 1976.

Rotach, Laurenz / Schaerer, Corinne, Änderungen von Botschaften und Erlassentwürfen durch den Bundesrat (Abgrenzung zwischen Botschaft, Zusatzbotschaft und Einzelantrag des Bundesrats) in: LeGes 2009/1:p. 9 ss.

Sägesser, Thomas, Vernehmlassungsgesetz, Berne 2006.

Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehrbuch, 3e éd., Heidelberg 2002.

Schuppert, Gunnar Folke, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011.

Tripet, Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik: die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, Chavannes 2012.

Waldmann, Bernhard, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, LeGes 2015, p. 521-537.

Wyss, Martin, Rechtsetzungslehre. Ein Abriss mit Arbeits- und Studientexten, Berne 2016.

Rédaction des actes normatifs

Chancellerie fédérale (éd.), Répertoire des abrévations officielles de la Confédération.

Chancellerie fédérale, Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), 2e éd., Berne 2013.

Chancellerie fédérale, Instructions de la Chancellerie fédérale sur la présentation des textes officiels en français, Berne 2016.

Chancellerie fédérale, Précis de technique législative, Berne 2015.

Chancellerie fédérale, Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération, Berne 2006.

Baumann, Robert, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes 2014, p. 463 ss.

Cornu, Gérard, Linguistique juridique, 3e éd., Paris 2005.

Fleiner-Gerster, Thomas, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, Berne/Stuttgart 1985.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010, p. 87 ss.

Morand, Charles-Albert (éd.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Bâle/Genève/Munich 2000.

Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz: juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zurich/St-Gall 2011.

Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.

Relation entre droit suisse et droit international

Office fédéral de la justice, Questions de droit constitutionnel en relation avec les traités internationaux, avis de l'Office fédéral de la justice du 6 janvier 2004, JAAC 68 (2004) IV n° 83, p. 1077 ss.

Office fédéral de la justice, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69 (2005) IV n° 75, p. 896 ss.

Conseil fédéral, La relation entre droit international et droit national, Rapport du 5 mars 2010, FF 2010 2067.

Conseil fédéral, Rapport additionnel du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

Conseil fédéral, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne. Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805.

DFAE / Office fédéral de la justice, Traités. Répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral dans la procédure de conclusion. Catégories de traités ne requérant pas d'approbation parlementaire avant leur ratification. Conclusion de traités mineurs par le Conseil fédéral, sous réserve d'une information des Chambres fédérales, qui peuvent demander l'application ultérieure de la procédure ordinaire d'approbation. Limites de la sous-délégation de la compétence de conclure des traités, du 14 décembre 1987 JAAC 51 (1987) IV n° 58, p. 393 ss.

DFAE / Office fédéral de la justice, Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse. Fondements juridiques et conséquences de la primauté du droit international, avis commun de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, JAAC 53 (1989) IV n° 54, p. 394 ss.

DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, éd. 2015, publié par la Direction du droit international public, Berne 2015.

Bureau de l'intégration / Direction du droit international public / Office fédéral de la justice, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG.

Baumann, Robert, Die Tragweite der Schubert-Praxis, PJA 2010/8, p. 1009 ss.

Baumann, Robert, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, p. 241 ss.

Biaggini, Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, PJA 1999, p. 722 ss.

Cottier, Thomas u.a., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Berne 2001.

Fraoua, Ridha, Procédures d'approbation et de mise en œuvre des Accords bilatéraux II: aspects constitutionnels, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (éd.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Genève/Bâle/Munich/Bruxelles/Paris 2006, p. 119 ss.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010/1, p. 87 ss.

Mader, Luzius / Kropf, Catherine, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: vom Fotografieren und Filmen, in: Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zurich 2015, pp. 69-106.

Müller, Jörg Paul / Wildhaber, Luzius, Praxis des Völkerrechts, 3e éd., Berne 2000.

Sägesser, Thomas (éd.), Die Bundesbehörden: Bundesversammlung-Conseil fédéral-Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 2000.

Saxer, Urs, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte, in: PJA, 2005, p. 821 ss.

Dispositions sur la procédure et l'organisation

Graf, Martin / Theler, Cornelia / von Wyss, Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Gygi, Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 172.

Häner, Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zurich 2000, p. 450 ss.

Kägi-Diener, Regula, Entscheidfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Bâle/Francfort sur le M. 1994.

Kettiger, Daniel / Sägesser, Thomas (éd.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Berne 2011.

Kiener, Regina / Rütsche, Bernehard / Kuhn, Matthias, Öffentliches Verfahrensrecht, Zurich/St-Gall 2012.

Kölz, Alfred / Häner, Isabelle / Bertschi, Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Leber Marino, Grundsätze für die Rechtsprechung im Bereich Bundesrechtspflege, LeGes 2012, p. 297 ss.

Marti, Arnold, Zum Inkrafttreten des Bundeskoordinationsgesetzes und weiteren Neuerungen im Bereich des Umwelt-, Bau- und Planungsrechts, Umweltrecht in der Praxis, 2000, p. 291 ss.

Maurer, Alfred, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, 2e éd., Berne 1983/94, p. 112 ss. et 363 ss.

Roth, Michel, Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Zurich/St-Gall 2011.

Sägesser, Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Berne 2007.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Zurich 2009.

Wipf, Thomas, Das Koordinationsgesetz des Bundes: die Koordination, Vereinfachung und Beschleunigung von Entscheidverfahren im Bund, Zurich 2001.

Instruments d'action de l'Etat

Braunschweig, Thomas, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, in: Leges 2005/2, p. 9 ss.

Flückiger, Alexandre, Les instruments de soft-law en droit public, in: Ladner et. al (éd.), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, p. 299 ss.

Locher, Alexander, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Zurich/Bâle/Genève 2013.

Marti, Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung? ZBl 2000, p. 561 ss.

Nguyen, Minh Son, Le contrat de collaboration en droit administratif, Berne 1998.

Pfenninger, Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Fribourg 1996.

Ronga, Barbara / Sangra, Emmanuel, Les taxes d'incitation environnementales: Pourquoi et comment les évaluer?, LeGes 2010, p. 199 ss.

Wiget, Stefanie, Die Programmvereinbarung, Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Berne 2012.

Champ d'application temporel

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000/2, p. 39 ss.

Mader, Luzius / Wyss, Martin, Ph. / Häni, Ingrid / Geiser, Jean-Christophe / Moser, André W. / Schuhmacher, Christian / Pulver, Bernhard Die Gesetzgebung und die Zeit, LeGes 2005/3, p. 9 ss.

Partage des compétences entre Confédération et cantons, mise en œuvre

Département féd. des finances / Conférence des gouvernements cantonaux, Der neue Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, Berne/Soleure 1999.

Groupe de travail commun Confédération-cantons, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, rapport du 13 février 2012, sur www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Fédéralisme.

Hänni, Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zurich 2000, p. 305.

Institut du Fédéralisme, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, 2015, sur http://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Forschung/Gutachten_final.pdf

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (éd.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Règlementations pilote

Mader, Luzius, Experimentelle Gesetzgebung, in: Grimm, Dieter und Maihofer, Werner (éd.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, p. 211 ss.

Mader, Luzius, Les lois expérimentales en Suisse, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence 1993.

Mastronardi, Philippe, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, RDS 1991, p. 449 ss.

Assistance administrative

Bellanger, François / Tanquerel, Thierry (éd.), L'entraide administrative, Genève/Zurich/Bâle 2005.

Tanquerel, Thierry, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, n. 642 ss.

Evaluations

Société suisse d'évaluation (v. www.seval.ch/fr/index.cfm): informations et offres de prestations (bulletins, possibilité de publier des appels d'offres d'évaluation, listes d'évaluateurs, normes d'évaluation, liens).

Balzer, Lars / Wolfgang Beywl, Evaluiert. Planungsbuch für Evaluationen im Bildungsbereich, Berne 2015.

Bussmann, Werner, Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen. Ein Leitfaden, Coire/Zurich 1995.

Bussmann, Werner, Die Methodik der prospektiven Evaluation, LeGes 1997, p. 109 ss.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Einführung in die Politikevaluation, Bâle / Francfort sur le M. 1997.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Politiques publiques: Evaluation, Paris 1998, Economica.

Interdepartementale Kontaktgruppe "Wirkungsprüfungen": Wirksamkeit von Bundesmassnahmen: Vorschläge zur Umsetzung von Artikel 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung: Bericht an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004.

Kettiger, Daniel. Gesetzesevaluation in der Schweiz: Stand – Einbettung in das politisch administrative System – Ausblick. in: Schäffer, Heinz, Evaluierung der Gesetze / Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland, Vienne 2005, p. 47 ss.

Mader, Luzius, L'évaluation législative: Pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985.

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 2011, p. 73 ss.

Rossi, Peter H. / Lipsey, Mark W. / Freeman, Howard E., Evaluation: A Systematic Approach, 7e éd., Thousand Oaks 2004.

US General Accounting Office. Prospective Evaluation Methods – the Prospective Evaluation Synthesis, GAO/PEMD-10.1.10, Washington D.C. 1990.

Widmer, Thomas / De Rocchi, Thomas, Evaluation. Grundlagen, Ansätze und Anwendungen, Zurich/Coire 2012.

Index

(Références aux chiffres marginaux)
ordre alphabétique

A

Abrogation et suspension *1016 ss*
- *Abrogation formelle* *1017, 1020*
- *Abrogation matérielle* *1023*
- *Abrogation momentanée* *1026*
- *Suspension* *1016, 1024 ss.*

Accords sectoriels *942*

Actes législatifs
- *Champ d'application temporel* *993 ss.*
- *Constitutionnalité des actes normatifs* *665 ss.*
- *Critères de structuration* *601 ss.*
- *Durée de validité limitée* *190, 1017, 1024, 1043 ss.*
- *Formes* *538, 551 ss.*
- *Forme de l'acte et référendum* *569*
- *Matière normative* *174, 570 ss.*
- *Rédaction* *10, 23, 39, 51 ss., 85 ss., 161 s., 171 ss.*
- *Structuration* *174, 724, 590 ss.*
- *Systématique* *597 ss.*

Activités commerciales annexes *975 s.*

Aides financières *628, 865 ss., 1076*

Amendes *880, 883 ss., 887 s.*

Analyse de l'impulsion ou du mandat *67 ss.*

Annexes aux actes législatifs *616 ss.*

Application du droit dans le temps *1027 ss.*
- *Dispositions transitoires* *167, 248, 437, 571, 580, 602,1001, 1015 s., 1035 ss.*
- *Effet anticipé (Effet ex ante)* *1033*
- *Entrée en vigueur avec effet immédiat* *999, 1001*
- *Rétroactivité* *999, 1010 s., 1028, 1030 ss.*
- *Suspension* *1016, 1024 ss.*

Approbation d'actes législatifs cantonaux *1114*

Arrêtés fédéraux *241, 498, 561 s.*

Assistance administrative *975, 1125 ss.*

Autonomie financière des cantons *952, 637*

Autonomie organisationelle des cantons *637,952, 968, 1065, 1072 s.*

Autorégulation *942, 944 s.*

Autorisation *570, 829 ss.*

Avant-projet *93 ss., 170 ss., 378*

B

Base légale *667, 698 ss., 810, 837, 873, 887 ss., 915*

Brochure explicative *87, 284, 426 ss.*

C

Campagnes d'information *145, 932*

Clause générale de police *702, 710*

Chancellerie fédérale *12 ss., 34, 38 ss., 202 ss.*

Charges de préférence *837, 852 ss.*

Chèque en blanc *733*

Collecte des informations
- *lors de la préparation des actes législatifs* *93 ss.*
- *pendant* les évaluations *1158*

Commissions
- *consultatives* *992*
- *décisionnelles* *991 ss.*
- *de rédaction du Parlement* *268, 280*
- *de surveillance* *279*
- *d'étude* *97, 102, 361*
- *d'experts* *44, 84, 102, 163 s., 361, 764*
- *d'examen* *991*
- *extraparlementaire* *94, 102, 989*
- *interne de rédaction (CIR)* *23, 248, 341*
- *paritaire* *102, 361*
- *parlementaire* *32, 100, 125, 215, 233, 239, 258, 271 ss., 295, 395 ss., 402, 494, 1122*

Communautés supranationales *458, 520, 523, 562*

Communication 42 ss.
Compétences fédérales
concurrente 644
de promotion 645
exclusive 644
fragmentaires 645
globales 645
limitée aux principes 645
parallèles 644
Compétences (responsabilités) 625 ss.
Partage des compétences 531, 552, 623 ss., 640, 947
législation cadre 645
compétence de mise en œuvre 710
compétence législative 137, 366, 551, 645, 648, 800, 877
Comportement exemplaire des collectivités publiques 938
Concession 763, 793, 915, 969,
Conciliation 977 ss.
Conditions de l'institution d'une commission extraparlementaire 989
Conférence de conciliation 267
Conférence de coordination 275
Conflit
de normes 573, 679, 687 ss.
règles générales 573, 579
règles spéciales 1037 s.
Constitution fédérale
Formes d'actes normatif 551 ss.
Initiatives populaires 58, 425, 433 ss.
Législation de mise en œuvre 426, 431
Référendum et entrée en vigueur 428 ss.
Révision 422 ss., 524, 552, 569
Consultation des offices
Définitions 11 ss.
sur les projets d'actes législatifs 249
Contrats
comme moyen de mise en œuvre 1093 ss.
conventions intercantonales 562, 636
de droit administratif 946 ss.
traités internationaux 562
Contravention 880 ss.
Contributions 837 ss.
But des contributions 839
Contributions de remplacement 855 ss.
Contributions causales 855, 858
Taxes d'orientation 837, 850
Schéma des contributions 837
Contrôle concret des normes 720
Compatibilité avec le droit international et européen 693 ss.
examen préalable de la constitutionnalité des projets de loi 665 ss.
Contrôle de l'activité législative déléguée 715 ss.
Conventions intercantonales 562, 636, 1092
Conventions-programmes 638, 951 ss., 1095, 1122
Coordination de la procédure 790 ss.
Corédaction 23, 248
Cotisations aux assurances sociales 862 ss.

D

Décision 543, 772 ss., 790
Décision de portée générale 544 ss.
Déclaration d'applicabilité générale des conventions collectives 943
Délégation
Contrôle 715 ss.
de la compétence de fixer la date d'entrée en vigueur 305
de la compétence de signer 1091
de la compétence en matière de conclusion des traités 487
de compétences législatives 703 ss.
de compétences pénales 887 s.
de tâches publiques 954 ss.
du pouvoir de décision 1090
Exigences relatives à la norme de délégation 707
Sous-délégation 480, 711 ss.
Délibérations parlementaires 56, 84, 275 ss.

Densité normative
167, 380 ss., 571 581 ss., 916
Dépliant *348*
Dispositions
d'exécution *287 ss., 431, 535 s., 560, 691, 703, 710, 893, 942, 1052, 1065, 1067, 1073, 1079, 1081 ss.*
de loi *294*
de procédure
745 ss.,790, 834, 999, 1025
financières *837 ss.*
finales *167, 248, 602*
générales, communes et spéciales
604
pénales *877 ss.*
transitoires
167, 248,437, 571, 580, 602, 1001, 1036, 1040
Direction du droit international public
451, 491, 694, 697
Directives *540 ss., 1075, 1110 s.*
Dispositions régissant la responsabilité
916 ss.
Divergences
Élimination des divergences
266 ss.
entre des offices *24*
entre des départements *28*
Dossier guide *87, 271*
Droits acquis *1031 s.*
Droit européen *674, 696 s., 736, 738*
Droit fédéral
Recueil officiel (RO) *32, 38, 245, 301, 308, 310, 312*
Recueil systématique (RS)
32, 38, 576, 693
Droits fondamentaux *651 ss.*
Définition *651*
Source principale *658 ss.*
Types *653 ss.*
Droit international *450 ss.*
Conclusion des traité internationaux
452 ss., 649
Conformité *386, 687*
Droit international secondaire ou dérivé *456*
Droit mou (Soft Law) *451, 678*
Dualisme *679 s.*
Entrée en vigueur *529 s.*
Mise en œuvre *531 ss.*
Monisme *529, 679 ss.*
Notion *673*
Primauté du droit international
679 ss., 689 ss.
Publication *530*
Règles de droit international directement applicables *513*
Relation avec le droit national
679 ss.
Sources *675 ss.*
Droit mou *451, 678*
Droit pénal accessoire *628, 877*
Droit pénal administratif *879, 881 ss.*
Droit transitoire
571, 580 ss., 1029, 1036

E

Effet anticipé *1033*
Émoluments
837, 852, 855, 858 ss., 915, 967 s.
administratifs *859*
de chancellerie *859, 861*
Entraide judiciaire *1127*
Entrée en vigueur *301 ss., 993 ss.*
à une date ultérieure
1002, 1005, 1009
avec effet immédiat *999, 1001 ss.*
avec effet rétroactif
999, 1010 s., 1030 ss.
date d'entrée en vigueur
305 ss., 999 ss.
Décision *305*
intégrale ou échelonnée *1012*
Organe responsable *995 ss.*
traités internationaux *529*
Équivalence fiscale *633, 639 ss.*
Esquisse d'acte normatif
74, 93, 161 ss., 354, 376 ss., 570
Études de droit comparé *1164*
Évaluation des mesures prises par l'État *1135 ss.*
Clauses d'évaluation
190, 1139, 1149
Évaluation prospective (Évaluation des effets) *154 ss., 179, 184 ss.*

Évaluation rétrospective *420 s., 1157* ss.
Instruments d'information *1151 ss.*
Obligation d'établir des rapports *190, 1147, 1153*
Obligations générales d'observer la mise en œuvre *1140 ss.*
Réglementations expérimentales *1046 ss., 1150*
Explications de vote *284, 426 ss.*

F
Fédéralisme *6, 625, 1060 ss*
Feuille fédérale (FF) *32*

G
Groupe de travail *84, 97, 101 s.*

H
Haute surveillance *1104 s.*, *1141*
Hiérarchie des normes *541, 553, 555, 709*

I
Impact de la réglementation *151, 157, 178 ss., 244, 248, 358, 390, 406, 420*
Impôts *837 ss.*
Information *42 ss., 230, 246, 272, 285, 320*
Initiatives
Initiative parlementaire *317 ss.*
Initiative populaire *422 s., 433 ss., 553, 569*
Instance de recours *750 ss.*
Institut suisse de droit comparé *100, 1164*
Instruments d'action de l'État *827 s.*
Instruments d'incitation *931*

L
Législation
au niveau constitutionnel *552 s.*
au niveau de l'ordonnance *563 ss.,709 ss.*
au niveau juridique *555 ss.*
Lignes directrices *244, 924, 1069, 1122*
Loi fédérale *554* ss.
lois fédérales urgentes *556*

M
Marge de manœuvre des cantons *167, 515, 638, 647 ss., 1062, 1070*
Message du Conseil fédéral *120, 194, 241 ss., 334, 426, 660, 1068*
Médiation *977 ss.*
Mise en œuvre du droit fédéral *1049 ss.*
Contrats comme moyen de mise en œuvre *1093 ss.*
Délais *1074*
Délégation de tâches publiques à des tiers *954 ss.*
par la Confédération et les cantons *1092 ss.*
par la Confédération *1078 ss.*
par les cantons *1060 ss.*
Place des dispositions d'exécution *1083 s.*
Répartition des compétences en matière de mise en œuvre *1058 ss.*
Support des frais *1076*
Surveillance *1104 ss.*
Tâches de la Confédération *1120 ss.*
Motion *60, 335, 352, 492, 719, 1172*
Moyens de contrainte administratifs *910 ss*

N
Niveau hiérarchique de règlementation *551* ss.
Note de discussion *69, 278, 441 ss.*
Normes de procédure *745 ss.*
Norme en blanc *884*
Normes primaires *366, 368, 551, 565, 704*
Normes secondaires *366, 368, 703 ss.*

O
Obligations et interdictions *828*

Office fédéral de la justice 171, 190, 697
Opposition 752 ss.
Ordonnance 539, 715 s.
Abrogation 1020
Approbation par le Parlement 718
de l'Assemblée fédérale 560, 996 ss.
dépendantes 565
des départements, des groupements ou des offices 370 ss, 711 ss., 1020, 1090
du Conseil fédéral 355, 368 s., 407, 563 ss., 709 s 998, 1015, 1020, 1063, 1090
entrant en vigueur immédiatement 1003
indépendantes 564 s.
ordonnance administrative 540, 547 ss
ordonnances d'exécution 563 s., 566 ss.,710, 888, 1052, 1054
ordonnance de substitution 551, 563, 567 s., 704, 710, 888 s.
Procédure législative 350 ss.
Durée de validité limitée 1043
Organisation internationale 508 ss.
Organisations de sécurité collective 458, 521 s., 562, 569

P

Peine encourue 898 ss.
Peine pécuniaire 887, 890, 897, 900, 914
Phase préliminaire 87
Plan-programme 923 ss.
Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence 49, 979
Principe de l'équivalence 639 ss., 861
Principe de la couverture des frais 853, 861
Principe de la légalité 557, 698 ss., 738, 851, 888, 913, 915, 981, 1033
Délégation de compétences législatives 703 ss.
niveau hiérarchique 551 ss.
Principe de la subsidiarité 64, 631 ss., 641
Principe de la transparence 49, 965
Procédure administrative 543, 746 s., 915, 1089
Procédure de consultation
Consultation du Parlement 396 s
dans le cadre des initiatives parlementaires 342 ss.
sur les projets de loi 84, 99, 198 ss.
sur les projets d'ordonnances 393 ss.
Procédure législative
Acteurs 6 ss., 76, 185 s.
Consultation des offices et Procédure de co-rapport 11 ss., 249
Information 42 ss.
Message additionnel 255
Mettre en vigueur 301 ss.
Message et projet de loi 241 ss.
Planification 58 ss.
Procédure extraordinaire 256
Processus de décision 11 ss.
Publication 32 ss., 309 ss.
Survol 6 ss.
Tableau synoptique de la procédure législative 52
Proposition au Conseil fédéral 12, 13, 18, 25, 348, 384
Protection des données 799 ss.
Bases juridiques 799 ss.
Communication 815 ss.
Communication obligatoire 821
Données personnelles 810.
Exigences quant aux normes relatives 810 ss.
Place des dispositions 1083
Pouvoir de décision 369, 640, 970, 977, 1082, 1086 ss.
Parallélisme des formes 1020
Phase parlementaire 87, 258 ss., 291, 378
Planification 922 ss.
Planification du projet 44 s., 52, 72, 89 s., 95
Plan territorial 928 ss.

Proportionnalité
153, *574*, *667,805, 813, 817, 862s., 888, 915, 1038*, *1040, 1109*
Publication
des actes normatifs *32 ss., 301, 309 s.*
des annexes *621 s.*
des consultations de l'administration fédérale *203, 229 ss.*
des messages *254*
des normes privées *729*

R

Rapport explicatif *54, 170 ss., 193 ss., 378*
Recommandations et mises en garde *933 s.*
Récompenses *939*

Recours
Coordination de la procédure *790 ss.*
Délais de recours *779 s.*
Délais de traitement *787 ss.*
Droit de recours *769 ss.*
Effet suspensif *782 ss.*
Exclusion du recours au Tribunal fédéral *763 ss.*
Instance de recours *750 ss.*
Motifs de recours *775 ss.*
Objet du recours *772 ss.*
Qualité pour recourir *769 ss.*
Recours à une autorité administrative *753*
Recours au Tribunal administratif fédéral *768*
Recours des autorités fédérales *1115 ss.*
Recueil officiel (RO) *32, 38, 245, 301*
Référendum *282, 569*
délai32, 308, 996, 1000, 1009, 1011
et forme de l'acte *569*
facultatif *500 ss., 517, 519, 554 ss., 562*
obligatoire *428, 476, 520 ss., 553, 562, 586*
sur les traités internationaux *474*, *498 ss., 519 ss.*

Réforme de la péréquation financière (RPT) *633, 951, 1001*
Régimes d'annonce *832 ss.*
Règle de droit
normes primaires 366*, 368, 551, 565, 704*
notion 542.
règle de droit et décision *543 ss.*
règles secondaires *368, 703 ss.*
suspension *1016, 1024 ss.*
Réglementations expérimentales *1046 ss., 1150*
Remise périodique de rapports *491, 1112*
Renvois *721 ss.*
à des normes privées *726 ss.*
au droit international *734 ss.*
à des règles techniques ou scientifiques *725*
au sens propre (constitutifs) *725*
directs (immédiats) *725*
dynamiques *725*
externes *725*
indirects (médiats) *725*
improprement dits (déclaratoires) *725*
internes *725*
Principes *742 ss.*
statiques *725*
Responsabilité de la Confédération *918*
Responsabilité des entreprises *882*
Rétroactivité *999, 1010 s., 1028, 1030 ss.*
Révocation d'une décision *915*

S

Sécurité juridique *572, 583, 634, 779, 956, 1025, 1054, 1071*
Services linguistiques *39 s., 85,253, 337, 412*
Services du Parlement *273, 320*
Silence qualifié *888*
Sous-délégation *370, 480, 711 ss.*
Subventions *134, 297, 763*, *865 s.*, *969, 1000, 1042, 1092, 1122*

Surveillance fédérale
533, *1055, 1106 ss., 1153*
Annulation d'une décision cantonale *1118*
Approbation d'actes législatifs cantonaux *1114*
Arrêté fédéral *561 s.*
Base constitutionnelle *1056 s.*
Haute surveillance *1104*
Inspection *1113, 1122*
Instructions *1110 s.*
Moyens de surveillance *1106 s., 1109*
Recours des autorités fédérales *1115 ss., 1153*
Remise périodique de rapports *1112*
Systématique d'un acte législatif *248, 597 ss.*

T

Taxes d'utilisation *0, 861*
Traduction
84, 0, 88, 176, 209, 336, 358, 391, 592
Traité international *452 ss.*
Application provisoire *493 ss.*
Approbation nationale *473 ss.*
de portée mineure *482 ss.*
Paraphe *470*
Ratification *526*
Référendum en matière de traités internationaux *474, 498 ss., 519 ss.*
Référendum facultatif *501 ss.*
Référendum obligatoire *520 ss.*
Signature définitive *527*
Signature simple *471 s.*
Types de partage des compétences *642 ss.*

U

Unité de la matière *436 ss.*, *586*

V

Voies de recours
545, 685, 834, 1088 ss., 1103

.