

12.069

## Message

### **concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux**

### **(Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement)**

du 4 juillet 2012

---

Messieurs les Présidents,  
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (modifications de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement), en vous priant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

- |      |   |         |                                                                                                                                                                                  |
|------|---|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2010 | M | 10.3354 | Base légale pour la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral (E 9.6.10. Commission de politique extérieure CE 10.038; N 17.12.10)                             |
| 2010 | M | 10.3366 | Révision des bases légales régissant la conclusion d'un traité international par le Conseil fédéral (N 7.6.10. Commission de l'économie et des redevances CN 10.050; E 16.12.10) |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

4 juillet 2012

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf  
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

---

## Condensé

***En réponse à deux motions, nous proposons, d'une part, de préciser et compléter les conditions régissant la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral et, d'autre part, de donner, à certaines conditions, un effet obligatoire à l'avis des commissions parlementaires compétentes concernant l'application provisoire de traités. Il faut pour cela modifier la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) et la loi sur le Parlement (LParl).***

*Le premier volet du projet consiste à préciser et compléter les conditions régissant la conclusion de traités par le Conseil fédéral en adaptant l'art. 7a, al. 2, LOGA, qui attribue au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités de portée mineure. Ces adaptations sont les suivantes: précision de la notion d'accords d'exécution (art. 7a, al. 2, let. b); suppression d'une catégorie de traités de portée mineure (traités qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral, dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité, art. 7a, al. 2, let. c), et délimiter plus étroitement les traités qui s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives ou techniques (art. 7a, al. 2, let. d). En complément, un nouvel al. 4 énumère les principaux cas dans lesquels un traité ne peut être considéré comme étant de portée mineure. Cette liste comprend les traités qui remplissent les conditions d'application du référendum facultatif en matière de traités internationaux, ceux qui contiennent des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons et ceux qui entraînent des dépenses importantes (le seuil de dépenses étant à l'avenir fixé dans la loi).*

*Le second volet consiste à soumettre l'application provisoire de traités à l'accord des commissions parlementaires compétentes. Pour réaliser cette seconde mesure, le Conseil fédéral propose d'introduire dans la LParl et la LOGA une nouvelle disposition prévoyant que le Conseil fédéral renoncera à appliquer provisoirement un traité si les deux commissions compétentes des deux conseils s'y opposent à une majorité des deux-tiers au moins de leurs membres.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>6960</b>
<b>1 Présentation du projet</b>	<b>6963</b>
1.1 Contexte	6963
1.1.1 Les motions	6963
1.1.2 Précédents ayant donné matière à controverse	6964
1.1.3 Situation juridique actuelle	6966
Compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de conclusion de traités internationaux	6966
Application à titre provisoire des traités internationaux	6970
1.1.4 Lien avec d'autres interventions parlementaires	6973
1.2 Changements proposés	6973
1.2.1 Traités de portée mineure	6973
1.2.2 Application provisoire	6974
1.3 Appréciation de la solution retenue	6974
1.3.1 Traités de portée mineure	6974
1.3.2 Application provisoire	6976
1.4 Résultat de la procédure de consultation	6977
1.4.1 Introduction	6977
1.4.2 Conclusion de traités internationaux de portée mineure (révision de l'art. 7a LOGA)	6977
1.4.3 Application provisoire (révision des art. 152 LParl et 7b LOGA)	6978
1.5 Comparaison avec le droit étranger	6978
1.5.1 Allemagne	6978
1.5.2 France	6978
1.5.3 Italie	6979
1.5.4 Pays-Bas	6979
1.5.5 Etats-Unis	6979
1.5.6 Bilan	6980
1.6 Classement d'interventions parlementaires	6981
<b>2 Commentaire des dispositions</b>	<b>6981</b>
<b>3 Conséquences</b>	<b>6989</b>
3.1 Pour la Confédération	6989
3.2 Pour les cantons et l'économie	6989
<b>4 Relation avec le programme de la législature</b>	<b>6989</b>
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>6990</b>
5.1 Constitutionnalité	6990
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales	6990
5.3 Forme de l'acte à adopter	6990

**Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités  
internationaux de portée mineure et sur l'application  
provisoire des traités internationaux  
(modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de  
l'administration et de la loi sur le Parlement) *(Projet)***

**6991**

# Message

## 1 Présentation du projet

### 1.1 Contexte

#### 1.1.1 Les motions

Le 27 mai 2010, la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats (CPE-E) a déposé une motion (10.3354) dont la teneur est la suivante:

*«Le Conseil fédéral est chargé d'adapter les bases légales de manière à ce qu'il ne puisse conclure seul des traités internationaux que si une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. En ce qui concerne les traités de portée mineure, dont l'approbation doit rester du seul ressort du Conseil fédéral, celui-ci doit proposer d'intégrer dans la LOGA une liste des domaines concernés. L'application provisoire de traités de ce type devra à l'avenir être approuvée par la commission parlementaire chargée de l'examen préalable».*

Le Conseil fédéral en a proposé l'acceptation, avec la précision suivante:

*«S'agissant de l'application provisoire des traités qu'il a la compétence de conclure seul, le Conseil fédéral ne voit pas de motif justifiant l'adoption de la mesure préconisée. Il lui paraît en effet inutile d'appliquer un tel traité à titre provisoire sous réserve de l'approbation du Parlement, puisqu'il est autorisé à le signer et à décider de son entrée en vigueur en Suisse de son propre chef».*

Cette motion a été approuvée par le Conseil des Etats lors de la session d'été 2010, et par le Conseil national lors de la session d'hiver 2010.

Le 2 juin 2010, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a déposé une motion similaire (10.3366), dont la teneur est la suivante:

*«Le Conseil fédéral est chargé d'adapter les bases légales de sorte qu'il ne puisse conclure seul des traités internationaux que si une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. En ce qui concerne les traités de portée mineure, dont l'approbation doit rester du seul ressort du Conseil fédéral, celui-ci doit proposer des adaptations de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, par exemple d'y intégrer une liste des domaines concernés. Il s'agit notamment d'empêcher que le Parlement soit à nouveau amené à devoir approuver a posteriori un traité conclu par le Conseil fédéral, comme cela a été le cas avec l'accord d'entraide administrative conclu avec les Etats-Unis dans le cadre de l'affaire UBS.*

*L'application provisoire de traités doit par ailleurs être approuvée par les commissions parlementaires des deux conseils chargées de l'examen préalable».*

Le Conseil fédéral a proposé l'acceptation de cette motion. Elle a été approuvée par le Conseil national lors de la session d'été 2010 et par le Conseil des Etats lors de la session d'hiver 2010.

Ces motions demandent l'adoption de mesures dans deux domaines: la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral, d'une part, et l'application provisoire des traités internationaux, d'autre part.

Ces matières sont régies respectivement par les art. 7a et 7b de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)<sup>1</sup> et par l'art. 152 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)<sup>2</sup>.

S'agissant de la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral, les motions demandent une adaptation des bases légales pertinentes de manière à ce que le Conseil fédéral ne puisse conclure seul des traités internationaux que sur la base d'une délégation figurant dans une loi fédérale ou dans un traité approuvé par l'Assemblée fédérale. Comme le Conseil fédéral l'a relevé dans sa réponse aux motions, cette exigence correspond au droit actuel; elle ne nécessite donc pas de prendre des mesures. Les art. 166, al. 2, de la Constitution (Cst.)<sup>3</sup> et 7a, al. 1, LOGA prévoient en effet déjà à l'heure actuelle que le Conseil fédéral ne peut conclure seul des traités internationaux que lorsque cette compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. Les motions demandent aussi de préciser la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux de portée mineure prévue à l'art. 7a, al. 2, LOGA, en intégrant par exemple à cette disposition une liste des domaines concernés. Selon la motion 10.3366 de la CER-N, le but recherché est, notamment, d'empêcher que le Parlement soit à nouveau amené à devoir approuver a posteriori un traité conclu par le Conseil fédéral, comme cela a été le cas avec l'accord d'entraide administrative conclu avec les Etats-Unis dans le cadre de l'affaire UBS.

En ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités internationaux, les motions demandent la modification des bases légales pertinentes (LParl) de manière à ce qu'un traité international ne puisse pas être appliqué provisoirement sans l'approbation de la commission parlementaire chargée de l'examen préalable au sens de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl.

### 1.1.2 Précédents ayant donné matière à controverse

L'une des motions se référant au cas de l'UBS, nous en rappellerons ici les éléments principaux. Nous évoquerons aussi un autre accord dont la conclusion et l'application provisoire ont donné lieu à controverse.

#### Le cas UBS

Le 19 août 2009, le Conseil fédéral a conclu un accord avec les Etats-Unis concernant la demande de renseignement de l'*Internal Revenue Service (IRS)* relative à UBS SA<sup>4</sup>. Aux termes de cet accord, la Suisse s'engageait à traiter une demande d'entraide administrative des Etats-Unis portant sur quelque 4450 clients d'UBS, en échange de l'abandon de la procédure civile de *John Doe Summons* intentée par l'IRS devant les tribunaux américains afin de contraindre UBS SA à fournir au fisc américain les données de quelque 52 000 détenteurs de compte. L'accord du 19 août

<sup>1</sup> RS 172.010

<sup>2</sup> RS 171.10

<sup>3</sup> RS 101

<sup>4</sup> RO 2009 5669

visait à ramener la demande unilatérale d'informations de l'IRS dans le cadre de l'entraide administrative prévue par la convention du 2 octobre 1996 en vue d'éviter les doubles impositions conclue avec les Etats-Unis (CDI-USA)<sup>5</sup>, afin de prévenir un potentiel conflit de souveraineté.

Cet accord a été conclu par le Conseil fédéral seul, sur la base de l'art. 7a, al. 2, let. b et c, LOGA, en relation avec l'art. 25 CDI-USA. Le Conseil fédéral est en effet parti du point de vue que l'accord du 19 août 2009 restait dans le cadre de la CDI-USA et se limitait à préciser celle-ci<sup>6</sup>.

Dans un arrêt du 21 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a cependant considéré l'accord du 19 août 2009 comme un arrangement amiable qui ne saurait modifier la CDI-USA<sup>7</sup>. Or celle-ci limite l'octroi de l'entraide judiciaire aux cas de «fraudes et délits semblables», qui ne peuvent inclure, de l'avis du TAF, les soustractions continues de montants importants d'impôts, contrairement à ce que prévoyait l'accord. Cet arrêt aboutissait donc à empêcher l'entraide administrative en cas de soustraction continue de montants importants d'impôts.

Suite à cet arrêt du TAF, un protocole modifiant l'accord du 19 août 2009 a été signé le 31 mars 2010 entre la Suisse et les Etats-Unis. Il introduit diverses adaptations d'ordre formel qui permettent de spécifier la nature juridique de l'accord du 19 août 2009 modifié. Ce protocole fournit une interprétation authentique de la notion de «fraudes et délits semblables» et y inclut la soustraction continue de montants importants d'impôts. Il a été soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale conformément à l'art. 166, al. 2, Cst.<sup>8</sup>.

Afin de permettre à la Suisse de respecter les engagements pris dans l'accord du 19 août 2009, le Conseil fédéral a décidé, comme l'y autorise l'art. 7b LOGA, d'appliquer provisoirement le protocole dès sa signature, soit le 31 mars 2010, en dépit d'un avis défavorable des commissions parlementaires compétentes (CPE-E et CER-N), consultées en vertu de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl. Le Conseil fédéral a motivé sa décision par la nécessité de sauvegarder des intérêts essentiels de la Suisse et par l'urgence particulière de la situation<sup>9</sup>.

L'accord modifié avec les Etats-Unis a finalement été approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 juin 2010<sup>10</sup>.

### **L'accord aérien conclu avec l'Allemagne**

L'accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne «relatif à la fourniture de services de la navigation aérienne au-dessus d'une partie du territoire allemand par la Confédération suisse et aux effets de l'exploitation de l'aéroport de Zurich sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne» a été signé le 18 octobre 2001 par les représentants des deux pays<sup>11</sup>. Il devait permettre de résoudre les divergences de vue existant depuis longtemps avec l'Allemagne au sujet des modalités de survol de son territoire par des avions atterrissant ou décollant de Zurich. Pour pouvoir entrer en vigueur, cet accord nécessitait l'approbation de

<sup>5</sup> RS **0.672.933.61**

<sup>6</sup> FF **2010** 2725

<sup>7</sup> ATAF 2010/7

<sup>8</sup> RO **2010** 1459

<sup>9</sup> FF **2010** 2715 s.

<sup>10</sup> Pour le texte consolidé de l'accord, voir RS **0.672.933.612**.

<sup>11</sup> FF **2002** 3201

l'Assemblée fédérale. L'art. 16 de ce texte prévoyait notamment l'application provisoire et immédiate de certaines mesures de réduction du trafic aérien au-dessus de l'Allemagne. Le Conseil fédéral a ordonné l'application provisoire de ces mesures dès le 19 octobre 2001 – dès le 27 octobre 2001 pour certaines d'entre elles. Par la suite, les Chambres fédérales ont refusé d'approuver cet accord (décision de non-entrée en matière du Conseil national du 19 juin 2002 et rejet au vote sur l'ensemble au Conseil des Etats le 18 mars 2003). A la suite de ce rejet, il a fallu engager de nouveaux pourparlers avec l'Allemagne afin de rechercher des solutions aux problèmes restés en suspens. Cet accord a été à l'origine de la codification de la procédure d'application provisoire des traités internationaux, adoptée le 8 octobre 2004 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005 (cf. art. 7b LOGA et art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl)<sup>12</sup>.

### 1.1.3 Situation juridique actuelle

#### Compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de conclusion de traités internationaux

Les traités internationaux sont conclus par les autorités fédérales soit selon la procédure ordinaire, soit selon la procédure simplifiée. Dans la *procédure ordinaire*, l'Assemblée fédérale approuve les traités qui ont été négociés et signés par le Conseil fédéral. Cette approbation intervient avant que ces traités ne soient ratifiés par le Conseil fédéral, autrement dit avant leur entrée en vigueur. Dans la *procédure simplifiée* en revanche, il n'y a pas d'approbation parlementaire. Le Conseil fédéral peut donc conclure seul le traité. Pour cela, il faut qu'une loi fédérale ou un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale l'y autorise (art. 166, al. 2, Cst., art. 24, al. 2, LParl et art. 7a, al. 1, LOGA).

#### Délégation spéciale dans la loi

L'art. 7a, al. 1, LOGA prévoit que «le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale». De nombreuses lois fédérales prévoient ainsi des délégations sectorielles, qui confèrent au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités internationaux dans un certain domaine. On peut mentionner, à titre d'exemple, l'art. 22 de la loi du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture<sup>13</sup>, l'art. 100, al. 2, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)<sup>14</sup> ou l'art. 16j de la loi du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation<sup>15</sup>.

Ces clauses de délégation ne doivent pas équivaloir à un blanc-seing: la loi doit donner au Conseil fédéral des indications aussi précises que possible sur sa façon d'envisager les questions fondamentales que pose la réglementation internationale d'une matière donnée<sup>16</sup>. Souvent, ces délégations de pouvoir sont assorties de condi-

<sup>12</sup> Voir iv. pa. Spoerry 02.456 (Rendre impossible l'application provisoire des traités internationaux entraînant des effets négatifs) et la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'application à titre provisoire de traités internationaux (RO 2005 1245 et FF 2004 939).

<sup>13</sup> RS 442.1

<sup>14</sup> RS 142.20

<sup>15</sup> RS 420.1; cf. également l'art. 31 du projet de révision totale de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation, FF 2011 8187.

<sup>16</sup> Voir JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 394.

tions ou de précisions quant au contenu du traité concerné. Leur légitimité découle du fait qu'elles figurent dans un acte approuvé par l'Assemblée fédérale et sujet au référendum.

Une délégation au Conseil fédéral de la compétence de conclure des traités internationaux peut aussi figurer dans un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. Elle peut découler explicitement ou implicitement du traité. On en trouvera un exemple à l'art. 19 de l'Accord du 21 septembre 2005 entre le Conseil fédéral suisse et le Conseil des ministres de la République d'Albanie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité<sup>17</sup>.

### Traités de portée mineure

L'art. 7a, al. 2, LOGA autorise en outre le Conseil fédéral à conclure seul des traités internationaux «de portée mineure». Par rapport à l'al. 1, il s'agit là d'une clause générale et subsidiaire. Elle est générale car elle s'applique à tous les traités de portée mineure, quel que soit le domaine concerné. Elle est subsidiaire car lorsqu'il existe une délégation sectorielle dans une loi spéciale, la compétence du Conseil fédéral se fondera non pas sur l'art. 7a, al. 2, LOGA, mais sur cette délégation sectorielle, qui constitue une *lex specialis* et permet *a fortiori* de conclure aussi des traités de portée mineure.

L'idée selon laquelle le Conseil fédéral peut conclure seul certains traités internationaux de portée mineure n'est pas nouvelle. Sous le régime de la Constitution de 1874, le Conseil fédéral s'appuyait sur le droit coutumier pour conclure lui-même, c'est-à-dire sans approbation parlementaire, un grand nombre de traités internationaux. La pratique et la doctrine avaient dégagé cinq catégories de traités pouvant être conclus par le Conseil fédéral seul: 1) les traités qui ne confèrent que des droits à la Suisse sans lui imposer d'obligations nouvelles ou porter renonciation à des droits existants; 2) les traités provisoires ou urgents; 3) les traités portant exécution de traités antérieurs; 4) les traités pour la conclusion desquels le Conseil fédéral bénéficie d'une autorisation spéciale octroyée par le Parlement; 5) les traités sur des objets dont la gestion sur le plan interne relève de la seule compétence du Conseil fédéral dans la mesure où celle-ci porte sur une tâche qui dépasse les frontières<sup>18</sup>. A la suite d'une communication commune de 1987 de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public<sup>19</sup>, une 6<sup>e</sup> catégorie de traités a été ajoutée à cette liste: il s'agit des accords dits «de portée limitée» ou «d'importance mineure» («*Bagatellverträge*»). La Constitution mise à jour de 1999 exigeant désormais une base légale expresse pour la conclusion de traités par le Conseil fédéral (art. 166, al. 2, Cst.), il a fallu codifier cette pratique dans une disposition légale. L'art. 47<sup>bis</sup>b de la loi du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils (LREC)<sup>20</sup>, qui est ensuite devenu l'art. 7a, al. 2, LOGA, reprend ainsi, avec quelques ajustements, les catégories de traités dégagées par la pratique antérieure.

17 RS 0.360.123.1

18 Voir notamment FF 1999 IV 4471 4487.

19 JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 369 ss.

20 FF 1999 7867; RO 2000 273

L'art. 7a, al. 2, LOGA précise quelles catégories de traités sont considérées comme des traités de portée mineure. Il s'agit notamment des traités suivants:

*Let. a:* traités qui ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants (reprend la catégorie 1 précédente). L'avis de 1987 mentionnait, dans ce contexte, les accords qui reflètent de manière ponctuelle le droit coutumier international et ne peuvent pas être considérés comme constituant vraiment une codification de ce droit<sup>21</sup>. A l'heure actuelle, la let. a sert de base avant tout à la conclusion d'accords reprenant certains développements de l'acquis de Schengen qui n'entraînent pas d'obligations pour la Suisse. On mentionnera, à titre d'exemple, l'échange de notes du 24 juin 2009 entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la décision de la Commission C (2009) 3770 final du 20 mai 2009 modifiant les spécifications techniques du modèle uniforme de titre de séjour destiné aux ressortissants de pays tiers<sup>22</sup>.

*Let. b:* traités qui servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale (correspond à la catégorie 3 précédente). Les accords d'exécution servent à l'élaboration plus détaillée des droits et obligations déjà fixés dans le traité de base, ou permettent de fixer des principes d'organisation servant à la réalisation de l'objectif du traité de base. On mentionnera, à titre d'exemple, l'échange de notes du 25 mai 2009 entre la Suisse et le Liechtenstein relatif à l'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires contenant de nouvelles substances actives<sup>23</sup>.

*Let. c:* traités qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international (correspond à la catégorie 5 précédente). A l'heure actuelle, le Conseil fédéral ne recourt à cette compétence que dans des cas exceptionnels. En effet, les domaines dans lesquels cette compétence était le plus fréquemment invoquée font désormais l'objet d'une délégation dans la loi fédérale spéciale (art. 100 LEtr). Cette délégation inclut les accords sur les stagiaires, les accords sur la suppression réciproque de l'obligation de visa et les accords de réadmission.

*Let. d:* traités qui s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes. Ces critères correspondant à la définition des traités dits «bagatelles» (catégorie 6 précédente). Ce sont par exemple des arrangements visant à faciliter le passage des frontières par des équipes de sauvetage en cas de catastrophe, les accords reprenant certains développements techniques de l'acquis de Schengen ou les accords de coopération scientifique ou économique (exemple: Convention entre la Suisse et les Etats-Unis portant sur le développement et la promotion des technologies modernes en matière d'instruction<sup>24</sup>). Quant au critère de l'absence de dépenses importantes, il a généralement été pris en considération en conjonction avec les autres critères prévus à la let. d.

Il suffit que l'une des quatre conditions mentionnées aux let. a à d soit remplie pour que le Conseil fédéral dispose de la compétence de conclure le traité. Cette énumération n'est en outre pas exhaustive (voir le mot «notamment» en introduction de l'art. 7a, al. 2, LOGA).

Le critère déterminant pour savoir si le Conseil fédéral est autorisé à conclure un traité de manière autonome est dans tous les cas sa «portée mineure». Il n'existe pas de définition générale de cette notion. La portée d'un traité s'apprécie toujours en fonction de son contenu. Un traité ne sera pas considéré comme étant de portée mineure s'il touche à des intérêts privés dignes de protection ou nécessite une modification de la loi<sup>25</sup>. Un autre élément d'appréciation permettant de conclure à l'existence d'un traité d'importance mineure consiste dans la constatation qu'il s'intègre sans difficulté dans le contexte général de politique intérieure et de politique extérieure, de même que dans son environnement économique<sup>26</sup>.

21 FF 1999 4491

22 FF 2010 3520, ch. 9.9.

23 RS 0.916.225.14

24 Conclue le 28 décembre 2009, FF 2010 3421, ch. 5.5.

25 Voir JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 399.

26 Voir JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 399.

Jusqu'à présent, la pratique des autorités fédérales n'a pas donné lieu à une extension des critères énumérés ci-dessus en dépit du caractère non exhaustif de l'art. 7a, al. 2, LOGA.

### **Données quantitatives**

D'un point de vue purement quantitatif, la grande majorité des traités conclus chaque année par la Suisse (y compris les modifications de traités existants) le sont par le Conseil fédéral seul. Le Conseil fédéral a ainsi conclu 346 traités internationaux en 2009; la même année, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 18 traités internationaux. En 2010, le Conseil fédéral a conclu 385 traités; la même année, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 27 traités.

Parmi les traités que le Conseil fédéral a conclus de manière autonome, sans approbation parlementaire, seule une petite partie l'ont été en application de l'art. 7a, al. 2, LOGA. Ainsi, sur les 346 traités conclus en 2009 et les 385 traités conclus en 2010 (ces chiffres ne comprennent pas les modifications), 33 et 18 traités respectivement ont été conclus par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 7a, al. 2, LOGA. En 2011, sur les 448 nouveaux traités conclus par le Conseil fédéral, les départements, les groupements ou les offices, seuls 20 l'ont été sur la base de l'art 7a, al. 2 LOGA. Les autres traités ont été conclus en vertu d'une délégation spéciale contenue dans un acte sujet au référendum.

Enfin, parmi les traités conclus sur la base de l'art. 7a, al. 2, LOGA, la majorité le sont en application de la let. d.

### **Contrôle parlementaire**

L'exercice, par le Conseil fédéral, de sa compétence de conclure seul certains traités est soumis au contrôle parlementaire. Celui-ci prend la forme d'un contrôle a posteriori. L'Assemblée fédérale est informée, par le biais d'un rapport, des traités qui ont été conclus par le Conseil fédéral seul. Cette solution, déjà préconisée par la communication commune OFJ/DDIP de 1987<sup>27</sup>, a été appliquée par le Conseil fédéral dès 1989<sup>28</sup>. Depuis la révision de la LREC consécutive à la mise à jour de la Constitution, cette pratique est consacrée dans la loi. Celle-ci prévoit expressément l'obligation, pour le Conseil fédéral, de rendre compte chaque année à l'Assemblée fédérale des traités conclus par lui-même, par les départements et par les groupements ou offices (voir art. 47<sup>bis</sup>b, al. 5, LREC et actuel art. 48a, al. 2, LOGA). Cette procédure existe tant pour les traités conclus sur la base d'une délégation spéciale que pour ceux conclus sur la base de l'art. 7a, al. 2, LOGA.

En pratique, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale la liste de ces traités dans un rapport annuel spécial consacré à ce sujet, lequel est publié dans la Feuille fédérale (par exemple: rapport du 18 mai 2011 sur les traités internationaux conclus en 2010<sup>29</sup>, et rapport du 16 mai 2012 sur les traités internationaux conclus en 2011<sup>30</sup>). Ces comptes rendus annuels doivent non seulement faire état du contenu des traités, des coûts que ceux-ci sont susceptibles d'engendrer et des motifs sur

27 JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 398.

28 Voir FF 1999 IV 4488

29 FF 2011 4623

30 FF 2012 5557

lesquels se fonde la conclusion du traité, mais aussi indiquer la base légale sur laquelle le Conseil fédéral fonde sa compétence.

Ce rapport annuel permet à l'Assemblée fédérale de vérifier la pratique du Conseil fédéral en matière de traités et, le cas échéant, de la corriger. Si l'Assemblée fédérale estime que le Conseil fédéral a exercé sa compétence à tort et qu'un traité aurait dû lui être soumis pour approbation, elle a la possibilité, au moyen d'une motion, de charger le Conseil fédéral de lui soumettre après coup le traité en question pour qu'elle l'examine selon la procédure ordinaire. Depuis que cette procédure existe, aucune motion de ce genre n'a été approuvée<sup>31</sup>.

Si une telle motion était adoptée, le Conseil fédéral devrait alors adresser un message au Parlement et soumettre le traité en question à son approbation. En cas de refus, il devrait le dénoncer dès que possible. Entre-temps, la Suisse resterait juridiquement liée par le traité (*pacta sunt servanda*).

## Application à titre provisoire des traités internationaux

### Compétences

Selon l'art. 25 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>32</sup>, un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire avant son entrée en vigueur si le traité lui-même en dispose ainsi ou si les Etats contractants en étaient ainsi convenus d'une autre manière. L'application à titre provisoire à l'égard d'un Etat prend fin si celui-ci notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Lorsque le Conseil fédéral conclut seul un accord international en vertu d'une base légale sectorielle ou de l'art. 7a, al. 2, LOGA, il est autorisé à le signer et à convenir de son entrée en vigueur en Suisse. Dans la mesure où il peut convenir d'une date d'entrée en vigueur rapide ou même immédiate, il n'a pas besoin de recourir à l'instrument de l'application provisoire.

Lorsqu'un traité nécessite l'approbation de l'Assemblée fédérale, il ne peut être ratifié et ne peut entrer en vigueur que s'il a été approuvé par le Parlement. Or il peut s'avérer nécessaire d'appliquer un traité de manière anticipée, autrement dit avant l'approbation parlementaire. On a donc admis, en s'appuyant sur le droit constitutionnel coutumier, que le Conseil fédéral disposait de la compétence de mettre provisoirement en application un traité lorsque la sauvegarde d'intérêts suisses essentiels ou une urgence particulière l'exigeait, et cela en vertu de sa responsabilité en matière de politique extérieure. Pendant longtemps, cette pratique n'a pas été contestée<sup>33</sup>, si bien que la pratique en matière d'application provisoire des traités n'a pas été codifiée lors de la mise à jour de la Constitution, ni à l'occasion de

<sup>31</sup> Deux motions ont été déposées: la motion 03.3577 (Approbation par le Parlement de l'«Operative Working Arrangement» entre les autorités de poursuite pénales de la Confédération et des Etats-Unis d'Amérique), déposée le 11.11.2003 par la Commission de politique extérieure du Conseil national, adoptée par le Conseil national mais rejetée par le Conseil des Etats, et la motion 03.3585 (Traités internationaux. Procédure ordinaire), déposée le même jour par la même Commission (minorité Banga) et rejetée par le premier Conseil.

<sup>32</sup> RS 0.111

<sup>33</sup> Voir notamment JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 397 et FF 2004 703 707.

l'adaptation de la LREC à la nouvelle Constitution fédérale. La doctrine actuelle considère majoritairement que la compétence du Conseil fédéral en matière d'application provisoire de traités internationaux se déduit de l'art. 184, al. 1, Cst., qui attribue au Conseil fédéral la conduite de la politique étrangère<sup>34</sup>.

En 2003, suite à l'affaire de l'accord aérien conclu avec l'Allemagne (voir ch. 1.1.2 ci-dessus), qui avait été appliqué provisoirement par le Conseil fédéral avant d'être rejeté par le Parlement, une initiative parlementaire a proposé de codifier la pratique du Conseil fédéral en matière d'application provisoire des traités (initiative parlementaire 03.459 de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats [CIP-E]. Application à titre provisoire de traités internationaux). Il en est résulté l'art. 7b LOGA, adopté le 8 octobre 2004, lequel prévoit que le Conseil fédéral peut décider ou convenir de l'application provisoire d'un traité international aux deux conditions cumulatives suivantes: «la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse» et l'existence d'«une urgence particulière». Dans la pratique antérieure du Conseil fédéral, ces deux conditions étaient alternatives; avec cette codification, le législateur a donc introduit une première restriction importante.

La seconde obligation qui est faite au Conseil fédéral est qu'il soumette à l'Assemblée fédérale, dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire, un projet d'arrêté fédéral portant approbation du traité concerné, faute de quoi l'application provisoire prend fin automatiquement.

L'intégration de cette nouvelle disposition dans la LOGA s'est accompagnée d'une troisième exigence, à savoir l'adjonction, dans la loi sur le Parlement, d'une disposition prévoyant une consultation obligatoire des commissions parlementaires compétentes avant l'application à titre provisoire d'un traité (art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl).

Les commissions parlementaires compétentes sont le plus souvent les Commissions de politique extérieure mais il arrive parfois, dans certains secteurs politiques, que d'autres commissions spécialisées soient saisies. La décision appartient aux Bureaux, le cas échéant aux présidents des conseils (art. 9 du règlement du Conseil national du 3 octobre 2003<sup>35</sup> et art. 6 du règlement du Conseil des Etats du 20 juin 2003<sup>36</sup>).

Par ailleurs, il y a lieu de relever qu'une minorité de la CIP-E avait proposé que l'application à titre provisoire soit subordonnée à l'approbation des commissions compétentes<sup>37</sup>. Cette solution n'avait cependant pas été retenue, au motif notamment que le Conseil fédéral doit toujours être en mesure de choisir d'appliquer provisoirement un traité pour assumer ses responsabilités en matière de conduite de la politique étrangère et que, le Conseil fédéral étant compétent en matière d'affaires étrangères (art. 184, al. 1, Cst.), il convient de ne pas diluer les responsabilités dans ce domaine<sup>38</sup>.

34 Voir, à titre d'exemple, Thomas Sägger, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge durch den Schweizerischen Bundesrat, in: recht, 2003, p. 85 ss, 86, et les réf. citées. Egalement Daniel Thürer, Commentaire st-gallois ad art. 166 Cst., n° 45. *Contra*: Urs Saxer/Patrick Sutter, Die Voranwendung internationaler Verträge durch den Bundesrat: Dringlichkeit, Rechtsstaat und Demokratie im schweizerischen Staatsvertragsrecht, in: PJA 12/2003, p. 1406 ss, 1411 ss.

35 RS 171.13

36 RS 171.14

37 Voir rapport CIP-E, FF 2004 703 713.

38 Rapport CIP-E, FF 2004 712 et 714.

Dans les cas où le Conseil fédéral décide d'appliquer provisoirement un traité, l'Assemblée fédérale reste compétente pour approuver ledit traité. L'approbation parlementaire a cependant lieu a posteriori. En cas de refus de l'approbation, le Conseil fédéral notifie aux autres Etats signataires l'intention de la Suisse de ne pas devenir partie au traité, ce qui met fin automatiquement à l'application provisoire en vertu de l'art. 25, al. 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

La codification des règles relatives à l'application provisoire des traités internationaux par le Conseil fédéral a, par rapport à la pratique antérieure, restreint la marge de manœuvre du Conseil fédéral dans ce domaine. Celle-ci reste toutefois entière lorsque le Conseil fédéral dispose d'une base légale spécifique l'autorisant expressément à appliquer à titre provisoire des traités internationaux dans le domaine concerné (voir par exemple les art. 2 et 10, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures<sup>39</sup> et l'art. 4 de la loi fédérale du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes<sup>40</sup>).

### **Données quantitatives**

Le nombre de traités internationaux appliqués à titre provisoire est plutôt modeste. Ces dernières années, ils ont représenté moins d'une demi-douzaine de traités par an, dont trois ou quatre visaient à reprendre les développements de l'acquis de Schengen.

L'application à titre provisoire des traités internationaux ne pose, dans la grande majorité des cas, aucun problème. Au cours de ces dernières années, un seul traité appliqué à titre provisoire par le Conseil fédéral n'a pas été approuvé par l'Assemblée fédérale. Il s'agit de l'accord aérien avec l'Allemagne, signé le 18 octobre 2001 (voir ch. 1.1.2 ci-dessus)<sup>41</sup>.

On rappellera par ailleurs que le protocole modifiant l'accord avec les Etats-Unis concernant UBS SA, s'il a été appliqué provisoirement par le Conseil fédéral contre l'avis des commissions compétentes (la CER-N s'y est opposée le 16 mars 2010 par 13 voix contre 11 avec 2 abstentions, la CPE-E s'y est opposée le lendemain par 6 voix contre 3), a ensuite été approuvé par les Chambres en juin 2010.

Quant à l'accord MEDIA avec l'Union européenne<sup>42</sup>, qui a dans un premier temps été rejeté par le Parlement – l'accord a finalement été adopté au cours de l'été 2009 après présentation d'un message additionnel du Conseil fédéral –, les présidents des commissions parlementaires compétentes, consultés en urgence en vertu de l'art. 152, al. 4, LParl, avaient émis un avis positif concernant son application provisoire<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> RS 946.201

<sup>40</sup> RS 632.10

<sup>41</sup> FF 2002 3171

<sup>42</sup> Accord du 11 octobre 2007 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, RS 0.784.405.226.8.

<sup>43</sup> FF 2007 6324

## **1.1.4 Lien avec d'autres interventions parlementaires**

L'initiative parlementaire Joder 10.457 (Conclusion et approbation des traités internationaux. Revoir les compétences respectives du Parlement et du gouvernement) poursuit les mêmes objectifs que les motions 10.3354 et 10.3366 et porte sur le même domaine.

Lors de sa séance du 14 janvier 2011, la CIP-N a donné suite à cette initiative. La CIP-E en a fait autant le 25 mars 2011. Les travaux ont cependant été suspendus jusqu'à ce que le Conseil fédéral soumette ses propositions relatives à la mise en œuvre des deux motions.

## **1.2 Changements proposés**

### **1.2.1 Traités de portée mineure**

Le Conseil fédéral propose de compléter et de préciser l'art. 7a, al. 2, LOGA, de manière à clarifier la répartition des compétences entre l'exécutif et le Parlement. Les modifications proposées obéissent à plusieurs principes directeurs.

Premièrement, le Parlement ne doit pas être surchargé d'objets ne présentant qu'une importance marginale. Il en va du bon fonctionnement de cette institution. La compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux de portée mineure ne doit donc pas être vidée de sa substance.

Deuxièmement, le caractère général et subsidiaire de l'art. 7a, al. 2, LOGA doit être maintenu. Si l'on intégrait, à l'al. 2, une liste thématique des domaines concernés, comme le suggèrent les motions, cette disposition perdrait son caractère général et subsidiaire au profit d'une orientation sectorielle. L'élaboration d'une telle liste supposerait en outre de formuler les domaines concernés de manière suffisamment précise, ce qui, l'expérience l'a montré, ne va pas sans difficultés. Le Conseil fédéral considère dès lors que cette solution n'est pas propre à atteindre l'objectif fixé par les auteurs de la motion, à savoir délimiter plus étroitement la compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux de portée mineure. L'intégration d'une liste de ce genre présenterait également le désavantage que les traités conclus dans des domaines qui ne feraient ni l'objet d'une délégation dans une loi spéciale, ni d'une mention à l'art. 7a, al. 2, LOGA, ne pourraient plus être conclus par le Conseil fédéral seul. Ils devraient dès lors être soumis à l'Assemblée fédérale, même lorsqu'ils revêtent indiscutablement une portée mineure de par leur contenu. Le Conseil fédéral est d'avis que le caractère subsidiaire de l'art. 7a, al. 2, LOGA doit au contraire être accentué plus encore qu'aujourd'hui, avec la création de normes de délégation expresses dans les domaines où des traités internationaux sont fréquemment conclus, à condition qu'il soit possible de préciser, dans la norme de délégation, l'objet et l'étendue des traités, et pour autant qu'aucune considération importante de politique intérieure ou extérieure ne s'oppose à une telle délégation.

Troisièmement, les modifications proposées doivent être guidées par le principe du parallélisme entre droit national et droit international, selon lequel des règles analogues doivent, autant que possible, s'appliquer à la procédure d'adoption des lois nationales et à la procédure de conclusion des traités internationaux. Ainsi, en droit interne, les dispositions importantes fixant des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, sujette au référendum (art. 164, al. 1, Cst.); de

même, les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit sont sujets au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.). En vertu de ce principe du parallélisme, les principes et critères qui régissent la compétence du Conseil fédéral d'édicter des règles de droit doivent aussi s'appliquer à la conclusion de traités internationaux. Cette logique ne peut toutefois pas être poussée jusqu'au bout dans le cas de la conclusion de traités par le Conseil fédéral. Si le principe du parallélisme était appliqué tel quel, le Conseil fédéral pourrait alors conclure seul tous les traités qui ne contiennent pas de dispositions importantes fixant des règles de droit, ce qui élargirait significativement sa compétence par rapport à la situation actuelle. De plus, telle n'est pas la direction souhaitée par les motions.

Compte tenu de ces principes directeurs, le Conseil fédéral propose de conserver le contenu de l'art. 7a, al. 2, LOGA, mais de déplacer son actuelle deuxième phrase dans un nouvel al. 3 qui contiendra une liste non exhaustive des traités constituant des traités de portée mineure; les let. b et d de l'al. 2, reprises dans le nouvel al. 3, sont précisées, tandis que la let. c est abrogée. L'art. 7a LOGA est en outre complété par un nouvel al. 4 contenant une liste non exhaustive des traités qui ne constituent pas des traités de portée mineure.

Ces modifications visent essentiellement à restreindre de façon mesurée la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux ainsi qu'à préciser le droit actuel afin de faciliter la tâche des autorités chargées d'interpréter ces dispositions.

Le commentaire détaillé se trouve au ch. 2 du présent message.

## **1.2.2 Application provisoire**

En ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités internationaux, le Conseil fédéral propose de prévoir, aux art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl et 7b, al. 1<sup>bis</sup>, LOGA, que le Conseil fédéral est lié par un préavis négatif des commissions parlementaires compétentes si ce préavis a été émis à une majorité des deux tiers dans chacune des deux commissions compétentes. Dans une telle hypothèse, le Conseil fédéral ne pourra donc plus appliquer le traité à titre provisoire.

## **1.3 Appréciation de la solution retenue**

### **1.3.1 Traités de portée mineure**

La répartition actuelle des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale relativement à la conclusion des traités internationaux donne satisfaction pour l'essentiel. Le système actuel ne doit donc pas être remis en cause dans ses fondements. Il permet en effet à l'Assemblée fédérale de se concentrer sur les traités importants, tandis que la grande masse des traités de portée «plus marginale» est du ressort du Conseil fédéral ou de ses départements et offices. Il garantit par ailleurs une marge de manœuvre suffisante au Conseil fédéral dans l'exercice de sa responsabilité en matière de politique extérieure telle qu'elle découle de la Constitution. Dans la grande majorité des cas, cette répartition des tâches n'a pas été remise en

question. Ainsi, l'Assemblée fédérale n'a jamais demandé à se prononcer après coup sur un traité conclu par le Conseil fédéral seul (voir ch. 1.1.3.1 ci-dessus).

A la suite des discussions ayant entouré la conclusion de l'accord avec les Etats-Unis concernant UBS SA, le Parlement a adopté les deux motions évoquées plus haut (voir ch. 1.1.1 ci-dessus).

Partant de là, les modifications législatives proposées ont pour objectif de clarifier, autant que faire se peut, la répartition des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale. Il s'agit d'affiner le système sans le remettre en cause dans ses fondements.

Le projet du Conseil fédéral propose une formulation plus restrictive de la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux en se fondant sur l'art. 7a, al. 2, LOGA, ainsi que des critères plus clairs. Il est donc probable que le nombre de traités conclus sur cette base diminuera légèrement. Cette restriction imposée à la marge de manœuvre du gouvernement est cependant acceptable dans la mesure où il demeure possible de recourir à des délégations spéciales fondées sur les art. 166, al. 2, Cst. et 7a, al. 1, LOGA. Ainsi, dans les domaines qui nécessitent la conclusion de nombreux traités dont l'importance ne paraît pas fondamentale, mais qui ne peuvent pas pour autant être considérés comme des traités de portée mineure, et où il serait exagérément lourd de requérir à chaque fois l'approbation de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral garde la possibilité de proposer l'adoption d'une norme lui déléguant la compétence de conclure seul les traités dans le domaine concerné, comme cela a été fait pour les accords de réadmission, les accords en matière de visas, de recherche, etc.

Le fait de restreindre quelque peu la catégorie des traités de portée mineure au sens de l'actuel art. 7a, al. 2, LOGA aura par ailleurs une incidence quant à la possibilité, pour le Conseil fédéral, de sous-déléguer sa compétence en matière de conclusion de traités. En effet, en vertu de l'art. 48a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, LOGA, le Conseil fédéral peut déléguer la compétence de conclure un traité international à un groupement ou à un office, à condition que le traité en question soit de portée mineure. Cette disposition renvoie à la notion de traités de portée mineure telle qu'elle est définie actuellement à l'art. 7a, al. 2, LOGA. Si cette définition devient plus restrictive, alors la possibilité pour le Conseil fédéral de déléguer aux offices la compétence de conclure des traités sera réduite d'autant.

Cette conséquence est supportable, dans la mesure où la délégation aux groupements et aux offices de la compétence de conclure des traités doit rester l'exception. En effet, l'art. 166, al. 2, Cst. n'envisage que l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral comme autorités compétentes pour la conclusion de traités. Si cette disposition n'induit aucune interdiction de déléguer aux offices la compétence de conclure des traités, elle plaide néanmoins en faveur de l'application d'une certaine retenue dans la pratique en la matière. L'art. 48a, al. 1, LOGA, qui ne prévoit la possibilité d'une délégation à un groupement ou à un office que pour des traités de portée mineure, milite également en faveur d'une telle retenue. Le Conseil fédéral conserve néanmoins la possibilité de déléguer la compétence de conclusion à un groupement ou à un office si une base légale spéciale le prévoit. Si des motifs particuliers justifient l'attribution à un groupement ou à un office de la compétence de conclure des traités internationaux, le Conseil fédéral pourra donc proposer à l'Assemblée fédérale l'adoption d'une délégation correspondante dans la loi (c'est le cas par exemple à

l'art. 177a de la loi du 29 avril 1998 sur l'agriculture<sup>44</sup> ou à l'art. 3b de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation<sup>45</sup>).

### 1.3.2 Application provisoire

Les motionnaires souhaitent subordonner l'application à titre provisoire des traités internationaux à l'approbation des commissions parlementaires compétentes. La solution proposée par le Conseil fédéral ne va pas aussi loin et représente un compromis entre la situation actuelle (avis purement consultatif des commissions) et la proposition des motionnaires.

Le Conseil fédéral estime en effet que la situation actuelle n'est pas entièrement satisfaisante et qu'il se justifie de renforcer dans une certaine mesure l'implication du Parlement, afin de contribuer à éviter à l'avenir les situations dans lesquelles le Parlement rejeterait en définitive un traité qui a été appliqué provisoirement par le Conseil fédéral.

Avec la solution proposée ici, le Conseil fédéral ne pourrait plus s'écarter d'un avis négatif lorsque celui-ci serait le reflet d'une majorité claire au sein des commissions. Dans un tel cas de figure, on peut en effet partir de l'idée qu'il y a un risque considérable que le traité en question ne soit pas approuvé par le Parlement; une certaine restriction de la marge de manœuvre du Conseil fédéral est donc acceptable. La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral n'est cependant pas modifiée dans son principe, la décision sur l'application provisoire d'un traité international restant du ressort du Conseil fédéral.

Dans le cas de l'accord conclu avec les Etats-Unis concernant UBS SA, l'application provisoire avait été refusée à une étroite majorité par la commission compétente du Conseil national, et à une majorité plus claire (6 contre 3) par la commission du Conseil des Etats. Ce traité, rappelons-le, a néanmoins été approuvé par la suite par les Chambres fédérales.

Le Conseil fédéral estime cependant que l'exigence d'une approbation à la majorité simple des commissions parlementaires compétentes, comme le demandent les motionnaires, va trop loin. En effet, en dehors des cas dans lesquels une majorité claire des membres des commissions s'oppose à l'application provisoire, il se justifie de laisser au Conseil fédéral la responsabilité de décider de cette application pour préserver sa marge de manœuvre, nécessaire à une politique extérieure active et adaptée aux circonstances. Avec la solution préconisée par les motionnaires, la compétence en matière d'affaires étrangères que l'art. 184 Cst. confère au Conseil fédéral serait excessivement restreinte au profit du Parlement. Si la décision d'appliquer à titre provisoire un traité incombait explicitement aux commissions parlementaires à l'avenir, la liberté de choix que le Parlement entend se réserver quant à l'approbation dudit traité s'en trouverait plus menacée qu'elle ne l'est aujourd'hui du fait d'une décision du Conseil fédéral; la position des commissions parlementaires préjugerait en effet davantage la décision finale d'approbation du traité que la position du Conseil fédéral<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> RS 910.1

<sup>45</sup> RS 748.0

<sup>46</sup> Voir FF 2004 939

En tout état de cause, les clauses figurant dans des lois spéciales et prévoyant la possibilité pour le Conseil fédéral d'appliquer des traités à titre provisoire (voir l'art. 4, al. 1, de la loi fédérale du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes<sup>47</sup> et l'art. 2 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures<sup>48</sup>) ne seront pas touchées par la modification envisagée.

## **1.4 Résultat de la procédure de consultation**

### **1.4.1 Introduction**

La procédure de consultation relative au rapport explicatif et au projet de révision de la LOGA et de la LParl s'est déroulée du 30 novembre 2011 au 12 mars 2012. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale et les principales associations faitières de l'économie ont été invités à se prononcer. 34 prises de position au total ont été reçues, dont 22 émanaient de cantons, 6 de partis politiques et 4 d'associations faitières de l'économie<sup>49</sup>.

Le projet a reçu un accueil globalement favorable. Certains participants ont cependant contesté la nécessité du projet dans son ensemble (un participant) ou de certaines modifications proposées (un participant a contesté la nécessité de réviser l'art. 7a LOGA et quatre participants ont contesté la nécessité de réviser les règles sur l'application provisoire des traités).

### **1.4.2 Conclusion de traités internationaux de portée mineure (révision de l'art. 7a LOGA)**

Le projet de révision de l'art. 7a LOGA a été bien accueilli par les participants à la consultation. Ils ont constaté dans l'ensemble que le projet du Conseil fédéral remplissait l'objectif fixé, qui est de préciser la compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux de portée mineure. L'adjonction d'une liste de critères négatifs a été saluée. La disposition précisant que les traités qui touchent à des objets relevant de la seule compétence des cantons ne constituent pas des traités internationaux de portée mineure (art. 7a, al. 4, let. b, du projet de modification de la LOGA [P-LOGA]) a suscité des avis divergents de la part des cantons. Un parti a proposé d'introduire une nouvelle let. d prévoyant que les traités qui nécessitent une modification du droit interne ne sont pas des traités internationaux de portée mineure.

<sup>47</sup> RS 632.10

<sup>48</sup> RS 946.201

<sup>49</sup> Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation peut être consulté à l'adresse suivante: [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2011.html](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2011.html).

### **1.4.3 Application provisoire (révision des art. 152 LParl et 7b LOGA)**

La solution proposée a recueilli l'approbation de la grande majorité des cantons. Les partis politiques se sont montrés plus partagés: une moitié a indiqué qu'elle approuvait la proposition du Conseil fédéral et fait valoir qu'elle constituait un bon compromis, l'autre moitié a souhaité qu'elle soit modifiée. Ces oppositions se «neutralisent» toutefois dans une certaine mesure, puisqu'un parti est d'avis que les dispositions proposées portent trop atteinte à la liberté d'action du Conseil fédéral, alors que deux autres partis considèrent qu'elles ne renforcent pas suffisamment les droits du Parlement.

## **1.5 Comparaison avec le droit étranger**

### **1.5.1 Allemagne**

La loi fondamentale allemande (*Grundgesetz, GG*) distingue trois catégories de traités internationaux. Les deux premières, à savoir les traités qui règlent les relations politiques de l'Etat fédéral ou portent sur des objets de la législation fédérale, sont soumises à l'approbation du législatif (art. 59, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, GG). La troisième catégorie est celle des accords administratifs (*Verwaltungsabkommen*), qui peuvent être conclus par l'exécutif seul (art. 59, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, GG). Constituent des accords administratifs tous les traités qui ne tombent pas dans les deux premières catégories. Il s'agit plus particulièrement des traités qui peuvent être mis en œuvre sans participation du Parlement.

L'application à titre provisoire des traités internationaux n'est pas prévue explicitement par la Constitution ou par la loi. Elle est néanmoins possible sous certaines conditions.

### **1.5.2 France**

En France, la compétence de principe pour conclure les traités internationaux appartient au Président de la République (art. 52 de la Constitution). L'approbation parlementaire est cependant nécessaire pour certaines catégories de traités, à savoir «les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire» (art. 53 de la Constitution).

Malgré le silence de la Constitution et de la loi à ce sujet, le gouvernement peut être autorisé, à titre exceptionnel, à appliquer provisoirement un traité international. Il faut pour cela qu'il y ait été autorisé par une loi.

### 1.5.3 Italie

L'Italie connaît une réglementation semblable à celle de la France, l'art. 80 de la Constitution requérant l'approbation parlementaire pour les traités internationaux de nature politique, pour ceux qui prévoient une procédure d'arbitrage ou judiciaire pour le règlement des conflits et pour ceux dont il résulte une modification du territoire, des charges financières ou une modification de la législation. Par défaut, les accords internationaux n'entrant pas dans ces catégories peuvent être conclus par l'exécutif seul.

L'application provisoire n'est pas prévue expressément par le droit italien. Elle est toutefois possible en vertu de l'art. 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais à des conditions restrictives développées par la jurisprudence. L'application provisoire doit notamment être limitée à une période de temps relativement courte et le traité en question ne doit pas porter sur un des domaines sensibles pour l'Etat énumérés à l'art. 80 de la Constitution.

### 1.5.4 Pays-Bas

Aux Pays-Bas, les traités internationaux sont en principe approuvés par le Parlement. Cette approbation est tacite, à moins que l'une des Chambres ou au moins un cinquième des membres de l'une des Chambres ne demande, dans un délai de 30 jours après la présentation du traité au Parlement, à ce que celui-ci soit soumis à l'approbation expresse du Parlement.

La loi applicable<sup>50</sup> prévoit en outre un certain nombre d'exceptions à l'exigence d'une approbation parlementaire, notamment lorsque le traité concerne exclusivement la mise en œuvre d'un traité existant (art. 7, let. b) ou lorsque le traité n'impose pas d'obligations financières importantes et est conclu pour moins d'un an (let. c), ou encore lorsque le traité concerne la prolongation d'un traité arrivé à expiration (let. e). Dans un certain nombre de ces cas (let. b et e), le Parlement a néanmoins la possibilité de se prononcer sur le traité en question s'il en fait la demande dans les 30 jours après que le gouvernement lui a notifié son intention de le conclure (art. 8 et 9 de la loi).

Un traité peut en outre être appliqué provisoirement en cas d'urgence, à condition d'être soumis le plus vite possible au Parlement (art. 10 de la loi).

### 1.5.5 Etats-Unis

Selon l'art. II, section 2, § 2, de la Constitution, la compétence de conclure les traités internationaux appartient au Président, avec l'approbation des deux tiers du Sénat. Dans la pratique, cette procédure relativement lourde a été largement remplacée par la conclusion de traités en la forme simplifiée, par le Président seul. Les traités conclus au moyen de cette procédure allégée, par le seul Président, appelés «*executive agreements*», représentent en pratique plus de 90 % des traités conclus par les Etats-Unis. Il faut toutefois nuancer cette prééminence de l'Exécutif dans la conclusion d'accords internationaux. En effet, les *executive agreements* incluent trois

<sup>50</sup> Loi du 7 juillet 1994 sur l'approbation et la publication des traités

catégories de traités: ceux conclus par l'exécutif en vertu d'une autorisation du législatif (Congrès), ceux conclus par l'exécutif en vertu d'une délégation contenue dans un traité existant approuvé selon la procédure ordinaire, et ceux conclus par l'exécutif seul, sans autorisation ou délégation particulière. Cette dernière catégorie d'accords repose sur les compétences que la Constitution octroie au Président, notamment en matière d'affaires étrangères, en matière militaire, en matière de relations diplomatiques et en matière d'exécution des lois. Les accords conclus sur cette base concernent pour la plupart des objets mineurs, mais ont dans certains cas une portée importante. On pense par exemple à l'accord de Yalta de 1945, conclu par le Président seul<sup>51</sup>. Une loi prévoit par ailleurs l'obligation, pour le département d'Etat, de transmettre au Congrès tous les accords conclus par l'exécutif dans les 60 jours suivant leur entrée en vigueur.

Enfin, l'application provisoire d'un traité en attendant l'approbation du Sénat peut être décidée par le Président.

### 1.5.6 Bilan

Tous les pays étudiés connaissent une réglementation prévoyant en substance que les traités internationaux importants doivent être approuvés par le législatif, alors que les traités de moindre importance peuvent être conclus par l'exécutif seul. Des différences apparaissent dans la manière de circonscrire cette seconde catégorie de traités: la plupart des pays étudiés (par exemple la France et l'Italie) en font une définition par défaut – tous les traités qui n'entrent pas dans la définition des traités soumis à l'approbation parlementaire. Le système américain, qui repose largement sur des pratiques constitutionnelles non écrites, est en fin de compte assez semblable au système suisse, sans que l'on puisse en tirer aisément des enseignements concrets concernant les types de traités susceptibles d'être conclus par l'exécutif. En fin de compte, seuls les Pays-Bas connaissent un système comparable à celui de la Suisse, avec une liste des traités pouvant être conclus par l'exécutif seul. La plupart des hypothèses dans lesquelles le gouvernement peut approuver seul un traité sont similaires à celles prévues à l'art. 7a, al. 2, LOGA (mais la loi néerlandaise prévoit également quelques exceptions inconnues en droit suisse). Dans certains cas, le droit néerlandais prévoit la possibilité pour le Parlement de se prononcer sur le traité en question s'il en fait la demande dans les 30 jours après que le gouvernement lui a notifié son intention de conclure le traité. Un tel système exige une information préalable du Parlement – ce qui suppose que le Parlement siège fréquemment –, contrairement à ce qui se passe dans le système suisse, où cette information a lieu a posteriori.

La question de l'application provisoire des traités internationaux ne fait que rarement l'objet d'une réglementation expresse, si ce n'est, encore une fois, aux Pays-Bas, qui ne connaissent cependant pas, dans ce contexte, de procédure de consultation ou de veto parlementaire. Cependant, en dépit de l'absence d'une réglementation expresse, les pays étudiés tolèrent l'application provisoire, mais à des conditions clairement déterminées. Rappelons qu'en Suisse, l'application provisoire des traités

<sup>51</sup> Cet accord, conclu entre les puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale, a réglé les modalités de la fin de la guerre, notamment l'occupation de l'Allemagne et les frontières de l'Union soviétique et de la Pologne.

découlait d'une pratique coutumière avant l'entrée en vigueur des art. 7b LOGA et 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl.

## 1.6 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral propose le classement des motions ci-après:

*10.3354 Motion CPE-E*

*Base légale pour la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral*

*10.3366 Motion CER-N*

*Révision des bases légales régissant la conclusion d'un traité international par le Conseil fédéral*

Ces motions demandent que des mesures soient prises dans deux domaines: la conclusion de traités internationaux de portée mineure par le Conseil fédéral seul, et l'application à titre provisoire des traités internationaux. Le Conseil fédéral a proposé l'acceptation de ces deux motions (cf. ch. 1.1.1). Le présent projet met en œuvre les deux catégories de mesures réclamées par ces motions. En ce qui concerne la première catégorie, le Conseil fédéral propose une modification de l'art. 7a, al. 2, LOGA ainsi que l'intégration de deux nouveaux alinéas à l'art. 7a LOGA. En ce qui concerne la seconde catégorie, il est prévu de compléter l'art 7b LOGA par un nouvel al. 1<sup>bis</sup> et de modifier l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl. Leur objectif ayant ainsi été atteint, les motions peuvent être classées.

## 2 Commentaire des dispositions

La deuxième phrase de l'art. 7a, al. 2, LOGA est transférée dans un nouvel al. 3. Cette scission de l'al. 2 est opérée afin de régler selon une systématique parallèle d'une part les critères positifs permettant de qualifier un traité international de traité de portée mineure, et d'autre part les nouveaux critères négatifs indiquant dans quel cas un traité ne peut pas être qualifié de traité de portée mineure, chaque liste de critères faisant l'objet d'un alinéa séparé. Les modifications apportées à l'art. 7a LOGA sont présentées dans le tableau synoptique ci-après.

Droit actuel: LOGA du 21 mars 1997	Modifications selon le présent projet
<i>Art. 7a</i> Conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral	<i>Art. 7a, al. 2, 3 (nouveau) et 4 (nouveau)</i>
<i>Al. 1</i> <sup>1</sup> Le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale.	<i>Al. 1</i> <i>Inchangé</i>

*Al. 2*

<sup>2</sup> Il peut, en outre, conclure seul des traités internationaux de portée mineure. Sont considérés comme traités de portée mineure notamment les traités qui:

- a. ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants;
  - b. servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale;
  - c. portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international;
  - d. s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes.
- 

*Al. 2*

<sup>2</sup> Il peut, en outre, conclure seul des traités internationaux de portée mineure.

*Al. 3 (nouveau)*

<sup>3</sup> Sont considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui:

- a. ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants;
  - b. 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;
  - c. s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives et techniques.
- 

*Al. 4 (nouveau)*

<sup>4</sup> Ne sont pas considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui:

- a. remplissent l'une des conditions fixées à l'art. 141, al. 1, let. d, de la Constitution pour l'application du référendum facultatif en matière de traités internationaux;
  - b. contiennent des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons;
  - c. entraînent une dépense unique de plus de 5 millions de francs, ou des dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs par an.
-

*Art. 7a, al. 3, let. b, P-LOGA (actuel art. 7a, al. 2, let. b, LOGA)*

Cette disposition donne au Conseil fédéral une compétence de conclure de manière autonome des accords d'exécution: les traités qui servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale sont considérés comme des traités de portée mineure. Le Conseil fédéral peut se fonder sur cette norme lorsque le traité de base ne contient pas de clause d'exécution. Nous proposons de la préciser en délimitant plus clairement cette catégorie de traités: seuls seront réputés accords d'exécution les traités qui précisent des droits et des devoirs ou des principes d'organisation déjà contenus dans le traité de base; les traités qui fixent des droits ou des obligations complémentaires ne seront pas considérés comme des accords d'exécution. Les conventions qui fixeraient de nouveaux droits et obligations ou qui étendraient les obligations à de nouveaux domaines n'en feront donc pas partie. Les traités qui créent des obligations pour concrétiser des articles programmatiques ou des buts généraux d'un autre traité n'entreront pas non plus dans le champ d'application de l'art. 7a, al. 3, let. b, P-LOGA. Telle était déjà l'intention lors de l'élaboration de la disposition actuelle, comme le montre le commentaire de l'époque<sup>52</sup>. Le projet ci-joint vise uniquement à l'explicitier dans le texte de loi et à souligner la portée limitée de cette disposition.

*Abrogation de l'art. 7a, al. 2, let. c, LOGA*

Cette disposition qualifie de traités de portée mineure ceux qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international. Ce n'est cependant pas parce qu'une matière relève en droit interne de la compétence du Conseil fédéral que celui-ci peut automatiquement conclure seul des traités dans ce domaine. Le libellé actuel de la disposition pourrait laisser croire que cette dernière fonde une compétence du Conseil fédéral de conclure des traités de manière autonome dans tous les domaines dont la réglementation lui est confiée par une délégation dans une loi. Par le passé, le domaine d'application privilégié de cette disposition était celui de la réglementation en matière d'étrangers, pour laquelle une délégation spécifique a été inscrite depuis lors dans la LEtr (art. 100). On y a rarement eu recours en dehors de ce domaine. Il est difficile, en effet, d'identifier avec certitude des normes assorties d'une clause de délégation et nécessitant une réglementation au niveau international. Nous proposons donc de ne plus faire figurer cette catégorie dans la liste des traités de portée mineure fixée à l'art. 7a, al. 3, P-LOGA. Une délégation législative au Conseil fédéral, même si elle a une dimension internationale, ne suffira plus à lui permettre de conclure des traités internationaux dans le domaine qui lui est confié. L'abrogation de la let. c renforcera la sécurité du droit en mettant fin aux incertitudes sur la portée de cette disposition.

*Art. 7a, al. 3, let. c, P-LOGA (actuel art. 7a, al. 2, let. d, LOGA)*

Nous proposons deux modifications de cette disposition.

Tout d'abord, il s'agit de supprimer l'expression «*en premier lieu*» (selon le texte actuel, sont des traités de portée mineure ceux qui s'adressent *en premier lieu* aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes). On limitera ainsi plus clairement la compétence du Conseil

<sup>52</sup> Voir FF 1999 4491, commentaire de l'art. 47<sup>bis</sup>b, al. 3, LREC.

fédéral et on restreindra les possibilités de l'étendre dans la pratique. Cela ne signifie cependant pas que le Conseil fédéral ne pourra désormais conclure, sur la base de cette norme, que des traités qui s'adressent *exclusivement* aux autorités et règlent des questions administratives ou techniques. Ce serait vider la disposition de sa substance, alors que c'est de cette compétence que le Conseil fédéral a fait le plus usage jusqu'à présent. Certaines dispositions de rang tout à fait inférieur qui règlementent l'activité des autorités administratives peuvent avoir des effets indirects, aussi minimes soient-ils, sur les particuliers. Le Conseil fédéral doit pouvoir continuer de conclure des traités de cette nature, faute de quoi le Parlement serait submergé par des procédures d'approbation de traités internationaux d'importance mineure. Mais en supprimant l'expression «*en premier lieu*», qui relativise la disposition, on restreindra l'utilisation que le Conseil fédéral peut faire de cette compétence; il ne pourra conclure ce type de traités que s'ils ne contiennent, outre les règles techniques ou administratives s'adressant à des autorités, que des dispositions véritablement secondaires.

Autre changement apporté à la disposition: le critère des «dépenses importantes» est transféré (dans une formulation plus précise) à l'al. 4, let. c, P-LOGA (voir le commentaire de cette disposition ci-après).

#### *Art. 7a, al. 4, P-LOGA*

Nous proposons d'ajouter à l'art. 7a LOGA un nouvel al. 4 énumérant les principales catégories de traités qui ne peuvent en aucun cas être considérés comme de portée mineure. En d'autres termes, le Conseil fédéral ne pourra pas se fonder sur l'art. 7a, al. 2 et 3, pour conclure des traités internationaux si ces derniers répondent aux critères de l'al. 4. Même s'ils remplissent une des conditions visées à l'al. 3, c'est à l'Assemblée fédérale qu'il incombera de les approuver, à moins qu'une disposition spéciale d'une loi fédérale ou d'un traité international approuvé par le Parlement n'habilite le Conseil fédéral à le faire (al. 1). L'al. 4 ne décrit pas exhaustivement les traités qui ne doivent pas être considérés comme de portée mineure au sens de l'al. 2. Il faut plutôt le voir comme une restriction apportée aux al. 2 et 3 P-LOGA: un traité international qui entre dans le champ d'application de l'une des lettres de l'al. 3 pourra être conclu par le Conseil fédéral, à moins qu'il ne remplisse un des critères cités à l'al. 4. Notons au passage que ces critères sont alternatifs et non cumulatifs.

#### *Art. 7a, al. 4, let. a, P-LOGA*

Selon la let. a, un traité international n'est pas de portée mineure s'il remplit les conditions du référendum facultatif en matière de traités internationaux. Ce référendum s'applique aux traités d'une durée indéterminée qui ne sont pas dénonçables (art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst.), aux traités qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (art. 141, al. 1, let. d, ch. 2, Cst.) et à ceux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.). Cette dernière catégorie représente les traités dont les dispositions devraient être, s'il s'agissait de droit interne, édictées sous la forme d'une loi au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Cette disposition ne constitue pas une répétition de la règle constitutionnelle, comme certains participants à la procédure de consultation ont pu le penser. Elle reprend les critères utilisés dans la Constitution pour déterminer si un traité est sujet ou non au référen-

dum, dans le but de circonscrire la notion de traités de portée mineure. D'ailleurs, la même méthode a déjà été utilisée pour circonscrire le cercle des traités internationaux à publier au Recueil officiel du droit fédéral<sup>53</sup>.

Le Conseil fédéral ne pourra donc pas s'appuyer sur la compétence que lui confère l'art. 7a, al. 2, P-LOGA pour conclure des traités d'une durée indéterminée et non dénonçables, ou des traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale, ou encore des traités dont le contenu est du niveau de la loi. Si l'on veut lui en donner la compétence, il faudra la lui déléguer spécifiquement dans une loi (art. 7a, al. 1, P-LOGA). Cette nouvelle règle renforcera le parallélisme entre la procédure législative interne et la procédure de conclusion de traités internationaux. Elle vise en outre à délimiter plus clairement les compétences du Conseil fédéral en matière de conclusion de traités et à améliorer la transparence. Le critère fixé à la let. a étant un des motifs principaux pour exclure un traité du cercle des traités de portée mineure, il doit être mentionné explicitement.

#### *Art. 7a, al. 4, let. b, P-LOGA*

Selon la let. b, le Conseil fédéral ne pourra pas avoir recours à la compétence que lui confère l'art. 7a, al. 2, P-LOGA si le traité contient des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons. Il faut comprendre ici la notion de compétence cantonale au sens étroit, conformément à la terminologie adoptée dans la nouvelle Constitution<sup>54</sup>: il s'agit uniquement des compétences législatives matérielles des cantons, et non pas de leurs compétences de mise en œuvre. L'art. 7a, al. 4, let. b, ne sera pas applicable aux traités qui porteront sur un objet pour lequel la Confédération et les cantons ont une compétence parallèle. On entend par là une compétence que la Confédération et les cantons peuvent exercer en même temps et indépendamment l'un de l'autre. Un domaine ne sera pas non plus considéré comme de la compétence des cantons si ceux-ci et la Confédération ont une compétence concurrente, c'est-à-dire dans les cas où les compétences des cantons s'abolissent au moment et dans la mesure où la Confédération fait usage de la sienne pour légiférer. Il y aura compétence cantonale au sens de l'art. 7a, al. 4, let. b, P-LOGA si l'objet de la réglementation appartient à un domaine de compétence originnaire des cantons – c'est le cas, par exemple, pour leur compétence d'organisation –, ou à l'un des domaines que la Constitution leur attribue expressément (voir par ex. les art. 69, al. 1, 72, al. 1, 76, al. 4, et 78, al. 1, Cst.).

Il suffira qu'une partie du traité porte sur un domaine ressortissant aux cantons pour que le critère de l'art. 7a, al. 4, let. b, P-LOGA soit rempli et qu'il soit interdit au Conseil fédéral de faire usage de la compétence que lui donne l'art. 7a, al. 2, P-LOGA.

Le fait que le traité international désigne une autorité cantonale comme autorité compétente, à des fins d'information des autres parties contractantes, ne touche pas aux compétences cantonales au sens de la disposition proposée: le but d'une telle clause n'est pas de suppléer la législation cantonale mais simplement de signaler aux autres parties quelle est l'autorité compétente dans chaque canton en vertu du droit cantonal. Si un canton désigne une autre autorité, le traité doit être adapté pour refléter le nouvel état de fait. Il existe par exemple, en droit civil international, des

<sup>53</sup> Cf. art. 3, al. 1, let. a, LPubl, RS 170.512.

<sup>54</sup> Cf. le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 229 s.

accords sur les relations directes entre administrations de plusieurs pays, qui comportent en annexe des listes d'autorités cantonales compétentes<sup>55</sup>. L'art. 7a, al. 4, let. b, P-LOGA que nous proposons n'empêchera pas un traité modifiant de tels accords d'être qualifié de traité de portée mineure s'il satisfait par ailleurs à l'un des critères mentionnés à l'art. 7a, al. 3, P-LOGA.

N'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition les traités qui relèvent certes de la seule compétence des cantons, mais qui sont conclus par la Confédération avec leur accord et uniquement parce que la capacité de conclure de l'autre partie contractante est du ressort du gouvernement central (art. 56, al. 3, Cst.). Ces traités demeurent des traités cantonaux. Le Conseil fédéral ne peut les conclure qu'après avoir obtenu l'accord des cantons concernés. La compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.) est une compétence globale, ce qui veut dire que la Confédération peut conclure des traités internationaux dans les domaines de compétence cantonaux. L'art. 54, al. 3, Cst. lui enjoint toutefois de tenir compte des compétences des cantons et de sauvegarder leurs intérêts. Les traités portant sur des objets qui relèvent de la seule compétence des cantons seront en principe exclus du domaine d'application de l'art. 7a, al. 2 et 3, P-LOGA et ne pourront être conclus par le Conseil fédéral que si une disposition spécifique d'une loi fédérale ou d'un traité approuvé par l'Assemblée fédérale lui en donne le droit. Dans les autres cas, ils devront être ratifiés par l'Assemblée fédérale. Ce critère restreindra la compétence du Conseil fédéral de conclure de manière autonome des traités de portée mineure.

La norme proposée contribuera donc à tenir compte des compétences des cantons et à sauvegarder leurs intérêts comme le demande la Constitution. Elle garantira également que les traités qui touchent un domaine relevant de la compétence exclusive des cantons seront soumis à une consultation.

*Art. 7a, al. 4, let. c, P-LOGA (actuel art. 7a, al. 2, let. d, LOGA)*

En droit actuel (art. 7a, al. 2, let. d), le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux qui s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes. Comme nous proposons un nouvel alinéa énumérant les conditions auxquelles un traité n'est pas de portée mineure (conditions négatives), il est plus logique d'y transférer le critère financier. C'est l'occasion de préciser ce que sont des «dépenses importantes». La limite sera fixée à 5 millions de francs pour les dépenses uniques et à 2 millions de francs par an pour les dépenses périodiques. Si tout ou partie des dépenses occasionnées par la mise en œuvre du traité peuvent être répercutées sur des tiers, alors le montant déterminant doit être celui mis définitivement à la charge de la Caisse fédérale.

Ces chiffres s'inspirent de la pratique, suivie depuis plusieurs années, selon laquelle le Conseil fédéral est habilité, dans le domaine de la politique extérieure, à accorder des aides financières jusqu'à concurrence de ce montant sans base légale spécifique, en se fondant uniquement sur sa compétence constitutionnelle en matière d'affaires

<sup>55</sup> Voir par exemple l'échange de lettres du 2 juin 1988 entre la Suisse et l'Italie concernant la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires et des commissions rogatoires en matière civile et commerciale, RS 0.274.184.542.

étrangères<sup>56</sup>. Cela ne s'applique cependant pas aux domaines importants de la politique extérieure; pour ces derniers, la pratique a été codifiée et des bases légales ont été créées<sup>57</sup>.

*Art. 7b, al. 1<sup>bis</sup>, P-LOGA*

La modification de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl (voir le commentaire ci-dessous) entraîne une adaptation de l'art. 7b LOGA, dont l'al. 1 fixe les conditions auxquelles le Conseil fédéral peut décider ou convenir de l'application à titre provisoire d'un traité international qui relève de l'Assemblée fédérale. Aujourd'hui, le Conseil fédéral n'est pas obligé de se plier à un avis négatif des commissions compétentes si des motifs importants le justifient. Or le nouvel art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, P-LParl l'y contraindra si au moins deux tiers des membres de chacune des commissions compétentes s'opposent à l'application provisoire. Il y a lieu de compléter dans ce sens l'art. 7b LOGA en ajoutant un nouvel al. 1<sup>bis</sup>.

*Art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, P-LParl*

La disposition actuelle oblige le Conseil fédéral à consulter les commissions compétentes avant d'appliquer à titre provisoire un traité international dont l'approbation relève de l'Assemblée fédérale. Nous proposons de compléter cette disposition par une 2<sup>e</sup> phrase qui permettra aux commissions compétentes d'empêcher l'application provisoire lorsqu'elles s'opposent l'une et l'autre à cette application à une majorité des deux tiers des membres. Par conséquent, le Conseil fédéral, à l'avenir, sera lié par l'avis des commissions compétentes si celui-ci est pris à la majorité qualifiée dans l'une et l'autre des deux commissions. L'exigence d'une majorité des deux tiers des membres des commissions compétentes vient ainsi s'ajouter aux autres conditions auxquelles est subordonnée l'application provisoire des traités internationaux. La compétence décisionnelle reste du ressort du Conseil fédéral.

Cette exigence de la majorité des deux tiers est certes relativement inhabituelle. Elle se justifie cependant dans la mesure où l'avis des commissions ne doit lier le Conseil fédéral que lorsqu'il y a de solides raisons de penser que le traité en question n'obtiendra pas, par la suite, l'approbation des Chambres fédérales. Un avis défavorable donné à une majorité des deux tiers légitime une telle conclusion. Tel ne serait pas le cas d'un avis adopté à la majorité simple, même avec un quorum tel que celui prévu à l'art. 17a, al. 3, LParl, solution proposée par les Services du Parlement et considérée par ceux-ci comme étant plus conforme au système actuel. Rien n'empêche cependant le Conseil fédéral de renoncer de lui-même à appliquer provisoirement un traité international suite à un avis défavorable des commissions compétentes donné à une majorité inférieure aux deux tiers, ou à un avis défavorable d'une seule commission donné à une majorité des deux tiers. On a par ailleurs opté pour une majorité de deux tiers des membres des commissions et non de deux tiers des votants, vu la portée de ce vote.

<sup>56</sup> Pratique confirmée par la décision du Conseil fédéral du 5 juin 2000 sur les bases juridiques des aides financières en matière de politique extérieure («*Rechtsgrundlagen für Finanzhilfen im Bereich der Aussenpolitik*»).

<sup>57</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte, RS 192.12.

On s'est en outre demandé s'il y avait lieu de prévoir une procédure d'élimination des divergences. Cependant, dans la mesure où il s'agit d'un avis consultatif de commissions parlementaires et où la compétence décisionnelle appartient au Conseil fédéral, une telle procédure n'est ni nécessaire ni pertinente. On peut dès lors y renoncer sans porter atteinte au bicamérisme.

Les commissions compétentes sont le plus souvent les Commissions de politique extérieure, mais d'autres commissions peuvent l'être selon le domaine; la décision appartient aux Bureaux (voir ch. 1.1.3.2 ci-dessus). Si un objet concerne plusieurs domaines de compétences, les autres commissions peuvent adresser un rapport aux commissions chargées de procéder à son examen préalable (art. 49, al. 4, LParl). Leur avis sera pris en compte dans celui des commissions compétentes et ne liera pas le Conseil fédéral.

Il faut noter que l'adaptation de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl modifiera la portée de l'art. 152, al. 4, LParl, lequel prévoit qu'en cas d'urgence, le Conseil fédéral consulte les présidents des Commissions de politique extérieure. Il ne pourra plus se contenter de consulter les présidents si la question porte sur l'application à titre provisoire de traités internationaux car l'avis des présidents n'est pas politiquement représentatif au même titre que celui des commissions, si bien qu'il serait difficile d'en tirer des conclusions quant aux chances d'approbation du traité concerné par l'Assemblée fédérale. Donc l'al. 4 ne sera plus applicable en relation avec les consultations au sens de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl. Il le sera uniquement si le Conseil fédéral manque de temps pour consulter les commissions sur un objet visé par l'art. 152, al. 3, LParl, c'est-à-dire sur les orientations principales de la politique extérieure et les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes. Il est bien clair qu'en conséquence, pour ce qui est de l'application provisoire d'un traité, le Conseil fédéral devra consulter à temps les commissions compétentes, même s'il y a urgence.

Cela dit, le Conseil fédéral attend des commissions parlementaires compétentes qu'elles s'organisent de manière à pouvoir se réunir rapidement pour se prononcer sur l'application provisoire d'un traité. La sauvegarde des intérêts de la Suisse implique en effet une coopération rapide entre les instances concernées. Aux yeux du Conseil fédéral, la fixation d'un délai pour la prise de position des commissions, suggérée par quelques participants à la procédure de consultation, ne s'impose cependant pas.

La norme proposée est compatible avec l'art. 153, al. 3, Cst., qui autorise la délégation de compétences aux commissions parlementaires, pourvu que ce ne soient pas des compétences législatives. La possibilité d'émettre, à une majorité de deux tiers, un avis négatif qui lie le Conseil fédéral n'est pas une compétence législative<sup>58</sup>. En effet, l'avis des commissions a un caractère consultatif et ne conduit pas à un transfert de compétences décisionnelles. La décision d'application provisoire demeure donc du ressort du Conseil fédéral. Celui-ci devra à l'avenir vérifier, outre la réalisation des autres conditions énumérées à l'art. 7b, al. 1, LOGA, que deux tiers des membres des deux commissions compétentes ne se sont pas prononcés contre l'application provisoire. Il peut en outre renoncer à appliquer provisoirement un traité, même lorsque les commissions compétentes ne s'y sont pas opposées, ou ne s'y sont pas opposées à une majorité des deux tiers, s'il a des raisons de penser que

<sup>58</sup> René Rhinow/Markus Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd. augmentée, Bâle 2007, p. 464, n° 2415.

le traité en question ne sera pas approuvé au Parlement. Cela dit, même si l'on devait admettre qu'il s'agit, en l'espèce, de la délégation d'une compétence décisionnelle aux commissions parlementaires, cela ne poserait aucun problème sous l'angle constitutionnel puisque l'art. 153, al. 3, Cst. autorise une telle délégation dans des cas particuliers<sup>59</sup>.

Il s'est par ailleurs posé la question de savoir si l'exigence d'une majorité qualifiée des membres était admissible au regard de l'art. 159, al. 2, Cst. Cette disposition, qui exige que les décisions dans les deux conseils soient prises à la majorité simple des votants, ne s'applique cependant qu'aux décisions prises en plenum, et ne concerne pas les commissions parlementaires. Il n'y a donc pas d'objection constitutionnelle à l'exigence d'une majorité des deux tiers des membres dans les commissions.

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Pour la Confédération**

Le projet, qui concerne les relations entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral en matière de conclusion d'accords internationaux, n'a pas de conséquences financières.

L'élaboration des messages accompagnant les traités internationaux qui seront soumis à l'approbation du Parlement et non plus conclus par le Conseil fédéral requerra davantage de ressources en personnel, mais le surcroît de travail pourra être absorbé par les moyens internes. Par ailleurs, l'adoption de nouvelles dispositions de loi sectorielles déléguant la conclusion de traités au Conseil fédéral déchargera à moyen terme le Parlement et, par voie de conséquence, l'administration fédérale.

Le projet n'aura donc pas d'incidence en matière de finances ni de personnel.

#### **3.2 Pour les cantons et l'économie**

Le projet n'aura pas de conséquences pour les cantons et les communes ni pour l'économie.

### **4 Relation avec le programme de la législature**

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015<sup>60</sup>, ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015<sup>61</sup>. En adoptant les motions 10.3354 et 10.3366, l'Assemblée fédérale a cependant chargé le Conseil fédéral d'élaborer ce projet.

<sup>59</sup> C'est le cas, par exemple, de certaines décisions prises dans le domaine de l'administration du Parlement ou de son organisation, ou de l'art. 6 de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'annulation des jugements pénaux prononcés contre des personnes qui, à l'époque du nazisme, ont aidé des victimes des persécutions à fuir (RS 371); cet article habilite la Commission des grâces à annuler des jugements pénaux rendus contre des personnes ayant aidé des fugitifs au cours de la Seconde Guerre mondiale.

<sup>60</sup> FF 2012 349

<sup>61</sup> FF 2012 6667

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

Les deux lois que nous proposons de modifier (LOGA et LParl) règlent l'organisation des tâches du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale. La compétence législative de la Confédération en la matière est liée à l'existence même de ces organes et donc fondée sur la compétence inhérente qu'elle a de s'organiser et de définir son fonctionnement. Il incombe à l'Assemblée fédérale de régler ce domaine; l'art. 173, al. 2, Cst. la charge en effet de traiter tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale, en plus des tâches énumérées à l'art. 173, al. 1, Cst. L'art. 164, al. 1, let. g, Cst., qui figure dans le préambule de la LParl, n'est pas une délégation de compétence législative; il prévoit que les dispositions fondamentales relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, ce qui sous-tend l'existence d'une compétence de légiférer en la matière.

La compatibilité du projet avec les art. 153, al. 3, Cst. et 159, al. 2, Cst. a par ailleurs été examinée dans le commentaire de l'art. 152, al. 3<sup>bis</sup>, LParl (voir ch. 2 ci-dessus).

### **5.2 Compatibilité avec les obligations internationales**

En ce qui concerne la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure, le projet n'entre pas en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse. En effet, l'attribution de la compétence des conclure des traités relève du droit interne des Etats. Le droit international n'impose pas, en principe, d'obligations à ce sujet.

En ce qui concerne l'application provisoire des traités internationaux, la présente proposition est également conforme aux engagements internationaux de la Suisse. L'art. 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui règle l'application à titre provisoire des traités, laisse aux Etats la liberté de décider si et à quelles conditions ils entendent faire usage de cette possibilité. Il appartient ainsi aux Etats de régler, dans leur droit interne, quelle autorité a la compétence de décider de l'application provisoire, et à quelles conditions.

### **5.3 Forme de l'acte à adopter**

Le présent projet modifiant des lois fédérales en vigueur, il doit revêtir la forme d'une loi fédérale conformément aux art. 164, al. 1, Cst. et 22, al. 1, LParl. Il est par conséquent soumis au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. a, Cst).