



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit public
Unité Législation I

Rapport explicatif
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)

Berne, le 30 novembre 2011

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, 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).

Précision des conditions régissant la conclusion de traités par le Conseil fédéral – Ce premier volet du projet requiert que l'on procède à quelques adaptations de l'art. 7a, al. 2, LOGA, qui attribue au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités de portée mineure: précision de la notion d'accords d'exécution (art. 7a, al. 2, let. b); suppression d'une catégorie de traités de portée mineure (les 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); délimitation plus étroite des traités qui s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives ou techniques (art. 7a, al. 2, let. d). En complément, un nouvel al. 3 énumèrera les critères selon lesquels un traité ne saurait être considéré comme de portée mineure. La liste comprend les traités qui remplissent les conditions pour l'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 (ce dernier critère est déplacé de l'art. 7a, al. 2, let. d, et précisé, le seuil étant à l'avenir fixé dans la loi).

Soumission de l'application provisoire de traités à l'accord des commissions parlementaires compétentes – Pour réaliser cette deuxième mesure, le Conseil fédéral propose de modifier la LParl de telle sorte que les commissions compétentes des deux Chambres puissent empêcher l'application provisoire de traités si les deux tiers de leurs membres se prononcent contre celle-ci.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de l'objet	4
1.1 Contexte	4
1.1.1 Les motions	4
1.1.2 Précédents controversés	5
1.1.3 Situation juridique actuelle	7
1.1.3.1 Compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale lors de la conclusion de traités internationaux	7
1.1.3.2 Délégation spéciale dans la loi	7
1.1.3.3 Traités de portée mineure	8
1.1.3.4 Données quantitatives	10
1.1.3.5 Contrôle parlementaire	10
1.1.3.6 Application à titre provisoire des traités internationaux	11
1.1.3.7 Données quantitatives	13
1.1.3.8 Lien avec d'autres interventions parlementaires	14
1.2 Changements proposés	14
1.2.1 Traités de portée mineure	14
1.2.2 Application provisoire	15
1.3 Justification et appréciation de la solution proposée	15
1.3.1 Traités de portée mineure	15
1.3.2 Application provisoire	17
1.4 Droit comparé	18
1.4.1 Présentation de la réglementation régissant la conclusion de traités internationaux en Allemagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis	18
1.4.2 Bilan	20
2 Commentaire des dispositions	21
3 Conséquences	26
3.1 Pour la Confédération	26
3.2 Pour les cantons et l'économie	27
4 Constitutionnalité	27
Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Projet)	29

Rapport explicatif

1 Présentation de l'objet

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 en a proposé l'acceptation. 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 l'art. 7a de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)¹ et par l'art. 152 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)².

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 un traité. 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.)³ 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^{bis}, LParl.

1.1.2 Précédents controversés

L'une des motions se référant explicitement à l'«affaire 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.

L'affaire 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 SA⁴. 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

1 RS 172.010

2 RS 171.10

3 RS 101

4 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)⁵, afin de prévenir un potentiel conflit de souveraineté.

Cet accord a été conclu par le Conseil fédéral seul, en se fondant sur l'art. 7a, al. 2, let. b et c, LOGA, en lien avec l'art. 25 CDI-USA. Le Conseil fédéral est en effet parti du point de vue que l'accord du 19 août restait dans le cadre de la CDI-USA et se limitait à préciser celle-ci⁶.

Dans un arrêt du 21 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a cependant considéré l'accord du 19 août comme un arrangement amiable qui ne saurait modifier la CDI-USA⁷. Or celle-ci limite l'octroi de l'entraide judiciaire aux cas de «fraudes et délits semblables», ce qui ne peut pas 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 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 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 (art. 166, al. 2, Cst.)⁸.

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^{bis}, 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 situation⁹.

L'accord modifié avec les Etats-Unis a finalement été approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 juin 2010¹⁰.

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 pays¹¹. 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

⁵ RS **0.672.933.61**

⁶ FF **2010** 2725

⁷ ATAF 2010/7

⁸ RO **2010** 1459

⁹ FF **2010** 2715 s.

¹⁰ Pour le texte consolidé de l'accord, voir RS **0.672.933.612**

¹¹ 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 et, pour certaines, le 27 octobre 2001. 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^{er} avril 2005 (cf. art. 7b LOGA et art. 152, al. 3^{bis}, LParl)¹².

1.1.3 Situation juridique actuelle

1.1.3.1 Compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale lors de la 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 alors conclure seul le traité en question. 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).

1.1.3.2 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 (LEC)¹³, l'art. 100, al. 2, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹⁴ ou l'art. 16j de la loi du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI)¹⁵.

Ces clauses de délégation ne doivent pas équivaloir à un blanc-seing: l'Assemblée fédérale doit donner au Conseil fédéral des indications aussi précises que possible sur sa façon d'envisager les questions fondamentales que pose la réglementation

¹² Voir iv. pa. Sperry 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).

¹³ FF 2009 8759

¹⁴ RS 142.20

¹⁵ RS 420.1

internationale d'une matière donnée¹⁶. Souvent, ces autorisations sont assorties de conditions 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. Pour un exemple, voir 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 criminalité¹⁷.

1.1.3.3 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 et 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 frontières¹⁸. A la suite d'une communication commune de 1987 de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public¹⁹, une 6^e catégorie de traités a été ajoutée à cette liste: il s'agit des accords dits «de portée limitée» ou «d'importance mineure» («*Bagatelverträge*»). 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^{bis} de la loi du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils²⁰, qui est ensuite devenu l'art. 7a, al. 2, LOGA, reprend ainsi, avec quelques ajustements, les catégories de traités dégagées par la pratique antérieure.

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

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 qui:

Let. a: 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 droit²¹. 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 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 tiers²².

Let. b: 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. Pour un exemple, voir notamment l'échange de notes entre la Suisse et le Liechtenstein relatif à l'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires contenant de nouvelles substances actives²³.

Let. 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 (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 (voir art. 100 LETr). Ainsi en va-t-il des accords sur les stagiaires, des accords sur la suppression réciproque de l'obligation de visa et les accords de réadmission.

Let. d: 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 (pour un exemple, voir la convention entre la Suisse et les Etats-Unis portant sur le développement et la promotion des technologies modernes en matière d'instruction²⁴). 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 en question. Cette énumération n'est en outre pas exhaustive (voir le mot «notamment» en introduction de l'al. 2 de l'art. 7a 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 loi²⁵. Un autre élément d'appréciation, qui permettra de conclure à l'existence d'un traité d'importance mineure, consistera dans la constatation qu'il

21 FF 1999 4491

22 Conclu le 24 juin 2009, FF 2010 3520, ch. 9.9.

23 Conclu le 25 mai 2009, 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.

s'intègre sans difficulté dans le contexte général de politique intérieure et de politique extérieure, de même que dans son environnement économique²⁶.

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.

1.1.3.4 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. Ainsi, en 2009, le Conseil fédéral a conclu 346 traités internationaux; dans le même temps, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 18 traités internationaux. En 2010, le Conseil fédéral a conclu 385 traités; dans le même temps, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 27 traités.

Parmi les traités conclus par le Conseil fédéral seul, sans approbation parlementaire, seule une petite partie l'est en application de l'art. 7a, al. 2, LOGA. Ainsi, en 2009 et 2010, sur respectivement 346 et 385 traités conclus au total (sans compter les modifications), respectivement 33 et 18 traités ont été conclus par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 7a, al. 2, LOGA, alors que le reste l'a été 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, la majorité le sont en application de la let. d.

1.1.3.5 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 1987²⁷, a été appliquée par le Conseil fédéral dès 1989²⁸. Depuis la révision de la loi sur les rapports entre les conseils (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^{bis}b, al. 5, LREC et, actuellement, 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

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

²⁷ JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 398.

²⁸ Voir FF 1999 IV p. 4488

en 2010²⁹). Ces comptes rendus annuels doivent non seulement faire état du contenu des traités, des coûts que ceux-ci sont susceptibles d'engendrer et de l'exposé des motifs sur lesquels ils se fondent, mais ils doivent également justifier 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 approuvée³⁰.

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*).

1.1.3.6 Application à titre provisoire des traités internationaux

Selon l'art. 25 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités³¹, 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 avant d'avoir obtenu l'approbation parlementaire. Or il peut s'avérer indispensable 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 ce en vertu de sa responsabilité en matière de politique extérieure. Pendant longtemps, cette pratique n'a pas

²⁹ FF 2011 4623

³⁰ Deux motions ont été déposées: 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.

³¹ RS 0.111

été contestée³², 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 l'adaptation de la LREC à la nouvelle Constitution fédérale. Une majorité de la doctrine actuelle considère 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 étrangère³³.

En 2003, suite à l'affaire de l'accord aérien conclu avec l'Allemagne (voir ci-dessus, ch. 1.1.2), 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 une urgence particulière». Dans la pratique précédente du Conseil fédéral, ces deux conditions étaient alternatives; avec cette codification, le législateur a donc introduit une première restriction importante.

Seconde obligation qui doit être respectée par le Conseil fédéral, celui-ci doit soumettre à l'Assemblée fédérale, dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire, un projet d'arrêté fédéral d'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^{bis}, 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, cas échéant aux présidents des conseils (art. 9 du règlement du Conseil national du 3 octobre 2003³⁴ et art. 6 du règlement du Conseil des Etats du 20 juin 2003³⁵).

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 compétentes³⁶. Cette solution n'a cependant pas été retenue à l'époque, 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

³² Voir notamment JAAC 51/IV, 1987, n° 58, p. 397 et FF 2004 703 707.

³³ Voir, à titre d'exemple, Thomas SÄGESSER, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge durch den Schweizerischen Bundesrat, in : recht, 2003, p. 85ss, 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. 1406ss, 1411ss.

³⁴ RS 171.13

³⁵ RS 171.14

³⁶ Voir rapport CIP-E, FF 2004 703 713.

étrangères (art. 184, al. 1, Cst.), il convient de ne pas diluer les responsabilités dans ce domaine³⁷.

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 son intention 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.

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 extérieures³⁸ et l'art. 4 de la loi fédérale du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes³⁹).

1.1.3.7 **Données quantitatives**

L'importance numérique des traités internationaux appliqués à titre provisoire est plutôt modeste. Récemment, ce sont annuellement moins d'une demi-douzaine de traités qui l'ont été, parmi lesquels trois ou quatre accords reprenant 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 ci-dessus, ch. 1.1.2)⁴⁰. Le Conseil fédéral a décidé de l'appliquer provisoirement dès le 19 et, pour certaines mesures, le 27 octobre 2001. Les commissions parlementaires n'avaient pas été consultées, cette procédure n'étant pas, à l'époque, prévue par la loi. Par la suite, les Chambres fédérales ont refusé d'approuver cet accord (Conseil national: décision de non entrée en matière en juin 2002; Conseil des Etats: rejet au vote sur l'ensemble en mars 2003, ce qui équivaut à une décision de non entrée en matière).

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

Quant à l'accord MEDIA avec l'Union européenne, qui a dans un premier temps été rejeté par le Parlement – l'accord a finalement été adopté en été 2009, après un

37 Rapport CIP-E, FF **2004** 712 et 714.

38 RS **946.201**

39 RS **632.10**

40 FF **2002** 3171

message additionnel du Conseil fédéral – les présidents des commissions parlementaires compétentes, consultés d'urgence en vertu de l'art. 152, al. 4, LParl, en avaient approuvé l'application provisoire⁴¹.

1.1.3.8 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 préciser l'art. 7a, al. 2, LOGA, de manière à clarifier la répartition des compétences entre l'Exécutif et le Parlement. Les modifications proposées se fondent sur les principes directeurs suivants:

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 réduite à néant.

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 semblable à celle de l'art. 7a, al. 1, LOGA, ce qui aurait pour 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 une portée mineure. Au contraire, le caractère subsidiaire de l'art. 7a, al. 2, LOGA doit être accentué encore davantage 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 que des considérations importantes de politique intérieure ou extérieure ne s'opposent pas 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 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

⁴¹ FF 2007 6324

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. Ce principe ne peut toutefois pas être poussé jusqu'au bout dans le cas de la conclusion de traités par le Conseil fédéral. S'il 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 maintenir la let. a de l'art. 7a, al. 2, LOGA, de préciser les let. b, c, et d de cet alinéa, et d'ajouter à l'art. 7a un al. 3 contenant une liste non exhaustive de ce qui ne constitue *pas* un traité 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 dans la partie 2 du présent rapport.

1.2.2 Application provisoire

En ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités internationaux, le Conseil fédéral propose de prévoir, à l'art. 152, al. 3^{bis}, LParl, que le Conseil fédéral est lié par un préavis négatif des commissions parlementaires compétentes si celui-ci a été décidé, dans les deux commissions des deux conseils, à une majorité qualifiée des deux tiers des membres. Dans une telle hypothèse, le Conseil fédéral ne pourra donc plus appliquer le traité en cause à titre provisoire.

1.3 Justification et appréciation de la solution proposée

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, pour l'essentiel, satisfaction. 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 après coup à se prononcer sur un traité conclu par le Conseil fédéral seul (voir ci-dessus, ch. 1.1.3.4).

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 déjà évoquées (voir ci-dessus, ch. 1.1.1).

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, ce que fait la solution proposée par le Conseil fédéral.

Cette solution 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 diminue 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 n'apparaît pas fondamentale, quand bien même il ne s'agit pas de traités de portée mineure, et où il serait exagérément lourd de rechercher 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 possibilité de conclure seul les traités dans le domaine concerné, à l'instar de ce qui 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'art. 7a, al. 2, LOGA, aura par ailleurs des incidences 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^e 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 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 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 l'on ne peut pas déduire de cette disposition qu'il est interdit de déléguer aux offices la compétence de conclure des traités, celle-ci 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 aux offices 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 office si une base légale spéciale le prévoit. Si des motifs particuliers justifient l'attribution 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 (voir

par exemple l'art. 177a de la loi du 29 avril 1998 sur l'agriculture⁴² ou l'art. 3b de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation⁴³).

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 finalement 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. On peut en effet, dans un tel cas de figure, partir de l'idée qu'il y a un risque considérable que le traité en question ne soit pas approuvé par le Parlement, si bien qu'une certaine restriction de la marge de manœuvre du Conseil fédéral est acceptable, ce d'autant plus qu'on éviterait ainsi des difficultés qui pourraient surgir lorsque le Parlement refuse d'approuver un traité appliqué à titre provisoire. 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 UBS, 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 a néanmoins, faut-il le rappeler, été finalement approuvé par les Chambres fédérales.

D'un autre côté, l'exigence d'une approbation à la majorité simple des commissions parlementaires compétentes, comme le demandent les motionnaires, irait trop loin aux yeux du Conseil fédéral. 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 du moment. Le gouvernement pourrait ainsi continuer à utiliser l'engagement de mettre un traité en application à titre provisoire comme argument de négociation, dans les cas qui ne présentent pas de difficulté. Par ailleurs, la solution préconisée par les motionnaires reviendrait à brouiller le partage des compétences entre le Parlement et le gouvernement en matière de politique étrangère. Si, à l'avenir, la décision d'appliquer à titre provisoire un traité incombait explicitement aux commissions parlementaires, la liberté de choix que le Parlement entend se réserver quant à l'approbation dudit traité s'en trouverait menacée plus qu'elle ne l'est maintenant du fait d'une décision du Conseil fédéral: la position des

⁴² RS 910.1

⁴³ RS 748.0

commissions parlementaires préjugerait en effet davantage la décision finale d'approbation du traité que la position du Conseil fédéral⁴⁴.

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 douanes⁴⁵ et l'art. 2 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures⁴⁶) ne seront pas touchées par la modification envisagée.

1.4 Droit comparé

1.4.1 Présentation de la réglementation régissant la conclusion de traités internationaux en Allemagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis

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^{re} phrase, GG). La troisième catégorie est celle des accords administratifs (*Verwaltungsabkommen*), qui peuvent être conclus par l'Exécutif seul (art. 59, al. 2, 2^e 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 la loi. Elle est néanmoins possible sous certaines conditions. Tel n'est pas le cas pour les dispositions du traité qui nécessitent l'approbation du Parlement ou qui ont des effets sur des tiers.

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. Selon une circulaire du premier ministre du 30 mai 1997, elle est à proscrire en toute hypothèse lorsque le traité peut affecter les droits ou obligations des particuliers ou lorsque son entrée en vigueur nécessite l'approbation du parlement.

⁴⁴ Voir déjà FF 2004 944.

⁴⁵ RS 632.10

⁴⁶ RS 946.201

Italie

L'Italie connaît une réglementation semblable, l'art. 80 de la Constitution requérant l'approbation parlementaire pour les traités internationaux de nature politique, ceux prévoyant une procédure d'arbitrage ou judiciaire pour le règlement des conflits et 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.

En ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités internationaux, l'art. 25 de la Convention de Vienne a été incorporé au droit national italien. Cependant, l'application provisoire est considérée comme problématique lorsqu'il s'agit de traités qui touchent à des domaines sensibles, pour lesquels l'art. 80 de la Constitution exige la promulgation préalable par le Parlement d'une loi autorisant la ratification.

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.

La législation (loi du 7 juillet 1994 sur l'approbation et la publication des traités) 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 trente jours après que le gouvernement lui ait 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).

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 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 seul⁴⁷. 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.

1.4.2 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 trente jours après que le gouvernement lui ait notifié son intention de conclure celui-ci. Un tel système exige une information préalable du Parlement – ce qui suppose que le Parlement siège fréquemment –, au contraire du système suisse dans lequel 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 restrictives. Rappelons qu'en Suisse, l'application provisoire des traités découlait d'une pratique coutumière avant l'entrée en vigueur des art. 7b LOGA et 152, al. 3^{bis}, LParl.

⁴⁷ 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.

Préambule de la LOGA

Dans sa version actuelle, le préambule de la LOGA se réfère à une disposition de l'ancienne constitution (aCst.). Conformément aux décisions concordantes de l'administration et de la commission de rédaction du Parlement, les préambules doivent être actualisés à l'occasion d'une révision partielle de la loi. C'est pourquoi il convient dorénavant de citer, dans le préambule de la LOGA, l'art. 173, al. 2, de la Constitution du 18 avril 1999, au lieu de l'art. 85, ch. 1, aCst. (voir ci-dessous, ch. 5).

Art. 7a, al. 2, let. b, LOGA

Cette disposition donne au Conseil fédéral une compétence autonome de conclure 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, mais non ceux qui complètent ce dernier. Des conventions qui fixeraient de nouveaux droits et obligations ou qui étendraient les obligations à de nouveaux domaines n'en feront 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. 2, let. b, LOGA. Telle était déjà l'intention à la base de la disposition actuelle, comme le montre le commentaire de l'époque⁴⁸. Le projet ci-joint vise uniquement à l'explicitier dans le texte de loi et à souligner la portée limitée de cette disposition.

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 autonome du Conseil fédéral de conclure des traités 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 supprimer cette catégorie de la liste des traités de portée mineure à l'art. 7a, al. 2, 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

⁴⁸ Voir FF 1999 4491, commentaire de l'art. 47^{bis}b, al. 3, LREC

de la let. c renforcera la sécurité du droit en mettant fin aux incertitudes sur la portée de cette disposition.

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 fédéral et on restreindra les possibilités de l'étendre dans la pratique. Cela ne signifie cependant pas que le Conseil fédéral ne pourra plus, sur la base de cette norme, conclure 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 réglementent 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 dont l'importance ne le justifierait en rien. 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, à côté des 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. 3, let. d (voir plus loin le commentaire de cette disposition).

Art. 7a, al. 3, LOGA

Nous proposons d'ajouter à l'art. 7a LOGA un nouvel al. 3 énumérant des 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, pour conclure des traités internationaux si ces derniers répondent aux critères de l'al. 3. Même s'ils remplissent une des conditions visées à l'al. 2, 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. 3 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 à l'al. 2: un traité international qui entre dans le champ d'application de l'une des lettres de l'al. 2 pourra être conclu par le Conseil fédéral, à moins qu'il ne remplisse un des critères cités à l'al. 3. Notons au passage que ces critères sont alternatifs et non cumulatifs.

Art. 7a, al. 3, let. a

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.

Le Conseil fédéral ne pourra donc pas s'appuyer sur la compétence que lui confère l'art. 7a, al. 2, LOGA pour conclure de tels traités. Si l'on veut lui en donner la compétence, il faudra la lui déléguer spécifiquement dans une loi (art. 7a, al. 1, 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 de 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. 3, let. b

Selon la let. b, le Conseil fédéral ne pourra pas avoir recours à la compétence que lui confère l'art. 7a, al. 2, 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 Constitution⁴⁹: il s'agit uniquement des compétences législatives matérielles des cantons, et non pas de leurs compétences de mise en œuvre. L'art. 7a, al. 3, 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. 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. 3, let. b, LOGA lorsque l'objet de la réglementation appartiendra à un domaine de compétence originaire des cantons, par exemple leur compétence d'organisation, ou bien à un des quelques domaines que la Constitution leur attribue expressément (voir par exemple 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. 3, let. b, 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, 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 à 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 accords sur les relations directes entre administrations de plusieurs pays, qui com-

⁴⁹ FF 1997 I 1, 229 s.

portent en annexe des listes d'autorités cantonales compétentes⁵⁰. L'art. 7a, al. 3, let. b, LOGA que nous proposons n'empêchera pas une modification d'accord de ce type d'être qualifiée de traité de portée mineure, si elle satisfait par ailleurs à un des critères mentionnés à l'art. 7a, al. 2, LOGA.

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, 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 autonome du Conseil fédéral de conclure 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. 3, let. c

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. 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 ce montant sans base légale spécifique, en se fondant seulement sur sa compétence constitutionnelle en matière d'affaires étrangères⁵¹. Cela ne s'applique cependant pas aux domaines importants de la politique extérieure; pour ceux-ci, la pratique a été codifiée et des bases légales ont été créées⁵².

Art. 7b, al. 1^{bis}

La modification de l'art. 152, al. 3^{bis}, 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

⁵⁰ 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**.

⁵¹ 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*»)

⁵² Loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte, RS **192.12**

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^{bis}, 2^e phrase, 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, avec l'adjonction d'un nouvel alinéa 1^{bis}.

Art. 152, al. 3^{bis}, 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 la compléter par une 2^e 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. Il ne suffira pas que la commission d'une des Chambres vote contre l'application à la majorité des deux tiers; il faudra un avis négatif des deux commissions. En d'autres termes, le Conseil fédéral sera à l'avenir lié par l'avis des commissions compétentes si et seulement si celui-ci est pris à cette majorité qualifiée. Cette exigence de la majorité des deux tiers, certes inhabituelle, se justifie 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. 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.

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 peuvent l'être selon le domaine; la décision appartient aux Bureaux (voir ci-dessus, ch. 1.1.3.6). 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^{bis}, 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^{bis}, LParl. Il le sera uniquement lorsque le Conseil fédéral manquera 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.

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 législative⁵³. 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. 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 particuliers⁵⁴.

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 sera compensé à l'interne. 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.

⁵³ René Rhinow/Markus Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd. augmentée, Bâle 2007, p. 464, n^o 2415

⁵⁴ Outre des décisions dans le domaine de l'administration du Parlement ou de son organisation, on peut citer comme exemple de délégation d'une compétence à une commission parlementaire 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 2^e Guerre mondiale.

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 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. C'est à l'Assemblée fédérale qu'il incombe de régler ce domaine, en vertu de l'art. 173, al. 2, Cst. qui la charge 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 statue 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; la compétence de légiférer en la matière est sous-entendue.

La compatibilité du projet avec les art. 153, al. 3, Cst. et 159, al. 2, Cst. a par ailleurs été examinée dans le commentaire relatif à l'art. 152, al. 3^{bis}, LParl (chiffre 2, ci-dessus).

