

04.081

Message

concernant la modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (approbation du droit cantonal, information sur les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger)

du 3 décembre 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de révision de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, concernant l'approbation du droit cantonal et l'information sur les conventions passées par les cantons entre eux ou avec l'étranger, en vous proposant de l'adopter.

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

3 décembre 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Lors de la réforme constitutionnelle de 1999, le devoir d'approbation des cantons au sujet des conventions passées entre eux ou avec l'étranger a été remplacé par un devoir d'information (art. 48, al. 3, et 56, al. 2, Cst.). Les lois et les ordonnances des cantons continuent d'être soumises à approbation lorsque l'exécution du droit cantonal l'exige (art. 186, al. 2, Cst.).

Dans le cadre des adaptations nécessaires à la nouvelle Constitution (Cst.), on a modifié le contenu de l'art. 62 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), qui concerne désormais les conventions des cantons avec l'étranger. Cet art. 62 comporte cependant des lacunes et, dans la pratique, il s'est révélé insuffisant. En outre, la réglementation existante, édictée d'après l'ancien droit constitutionnel, sur les conventions intercantionales doit être adaptée à la Constitution en vigueur. Comme les conventions intercantionales devraient gagner en importance avec la réforme de la péréquation financière, il est aussi pertinent que nécessaire d'anticiper cette évolution en réglementant dès à présent la procédure d'information au sujet des conventions de ce type.

Le projet concerne par ailleurs l'approbation par la Confédération du droit cantonal. La réglementation actuelle contenue dans l'art. 61b LOGA reste inchangée pour l'essentiel. Elle est simplement adaptée aux actes législatifs conformément à l'art. 163 Cst. sur le plan matériel (suppression de l'arrêté fédéral de portée générale) et épurée sur le plan rédactionnel.

L'aspect le plus important du projet réside donc dans les conventions passées par les cantons entre eux ou avec l'étranger. Le projet poursuit les objectifs énumérés ci-après.

- *Rendre la législation conforme à la Constitution: les conventions passées par les cantons avec l'étranger et celles qu'ils passent entre eux ne sont désormais plus soumises à l'approbation de la Confédération depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. La législation actuelle n'exprime pas explicitement cette nouvelle disposition et doit donc être complétée.*
- *Compléter la législation: d'après l'art. 172, al. 3, Cst., le Conseil fédéral aussi bien que les cantons tiers, c'est-à-dire les cantons qui ne sont pas partie aux conventions passées par d'autres cantons entre eux ou avec l'étranger, peuvent élever une réclamation à l'Assemblée fédérale contre ces conventions. Pourtant, jusqu'à présent, il n'existe ni dans la Constitution ni dans la loi d'obligation d'informer les cantons tiers des conventions conclues par d'autres cantons ou en passe de l'être. Il convient donc de réglementer l'information et la participation des cantons tiers. En outre, pour l'instant, aucune disposition légale ne règle les réclamations élevées à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral ou un canton tiers contre des conventions passées par des cantons entre eux ou avec l'étranger. Il*

convient donc de régler les grandes lignes de cette procédure dans la loi sur le Parlement.

- Adapter le projet à la pratique: dans le sens d'une procédure efficace et pour décharger les autorités fédérales et cantonales, le projet prévoit que les conventions de portée mineure ne seront pas soumises au devoir d'information.*
- Régler les compétences décisionnelles de la Confédération de manière rationnelle: si, à l'examen d'une convention, le département compétent établit que la convention est anticonstitutionnelle, il devra désormais présenter lui-même ses objections auprès du ou des cantons qui ont conclu la convention (cantons contractants). De même, c'est le département qui représente la Confédération lors des procédures de conciliation éventuellement nécessaires avec les cantons contractants. Cela permet de décharger le Conseil fédéral, qui a cependant toujours la compétence de décider, en cas de désaccord entre la Confédération et les cantons, si une réclamation doit être élevée devant l'Assemblée fédérale.*
- Régler seulement les points importants à l'échelon législatif: la Constitution requiert que toutes les dispositions importantes soient énoncées dans une loi fédérale (art. 164, al. 1, Cst.). Le projet est conforme à cette disposition: la modification prévue de la LOGA est limitée dans son ampleur. Les dispositions de détail seront – comme jusqu'ici – réglées dans une ordonnance d'exécution du Conseil fédéral.*
- Appliquer une systématique législative claire: désormais, l'approbation des actes législatifs cantonaux sera réglée dans une disposition distincte et sera ainsi nettement séparée des dispositions concernant le devoir d'information au sujet des conventions passées par les cantons entre eux ou avec l'étranger.*

Message

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Historique

Aux termes de l'art. 102, ch. 13, de l'ancienne constitution fédérale de 1874 (aCst.), les lois et les ordonnances des cantons étaient soumises à l'approbation du Conseil fédéral lorsque le prévoyait une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale. De même, les traités passés par les cantons entre eux ou avec l'étranger étaient soumis à l'approbation du Conseil fédéral (art. 102, ch. 7, aCst.). Si le Conseil fédéral estimait qu'un traité ne répondait pas aux prescriptions du droit constitutionnel, il devait alors élever une réclamation devant l'Assemblée fédérale. Cette possibilité s'offrait également aux cantons qui n'étaient pas partie aux traités (cantons tiers; art. 85, ch. 5, aCst.). Le refus de l'approbation relevait de la seule compétence de l'Assemblée fédérale.

Ces dispositions constitutionnelles ont été d'abord mises à exécution dans l'art. 7a de la loi sur l'organisation de l'administration¹, puis elles ont été reprises telles quelles dans la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)², dans l'actuel art. 61b³. Les détails de la procédure ont été réglés dans l'ordonnance du 30 janvier 1991 relative à l'approbation d'actes législatifs des cantons par la Confédération⁴.

Lors de la mise à jour de la Constitution (Cst.), la disposition concernant l'approbation des actes législatifs cantonaux a été reprise sans modification (art. 186, al. 2, Cst.⁵). Pour les conventions passées par les cantons entre eux, le Conseil fédéral avait proposé dans son message de remplacer le devoir d'approbation par un devoir d'information; toutefois, il souhaitait conserver le devoir d'approbation pour ce qui est des conventions conclues par les cantons avec l'étranger⁶. Au cours des délibérations parlementaires, le Parlement a cependant décidé d'instaurer le devoir d'information en lieu et place du devoir d'approbation même pour les conventions des cantons avec l'étranger⁷. Désormais, les cantons ne doivent plus soumettre les conventions passées entre eux ou avec l'étranger à l'approbation de la Confédération, mais simplement en informer cette dernière (art. 48, al. 2, et 56, al. 2, Cst.). La vérification finale des conventions par la Confédération sert à contrôler que ces conventions ne contreviennent ni au droit ou aux intérêts de la Confédération, ni au droit des cantons. Elles ne sont donc soumises à l'approbation de l'Assemblée

¹ RO 1991 362

² RS 172.010

³ Avec l'entrée en vigueur de la modification de la LOGA du 8 octobre 1999 (RO 2000 289), l'art. 62 LOGA est devenu l'art. 61a LOGA. Avec l'entrée en vigueur de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement; RO 2003 3543), l'art. 61a LOGA est devenu l'art. 61b LOGA.

⁴ RS 172.068

⁵ RS 101

⁶ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I; notamment 214 et 235.

⁷ BO 1998 N, p. 271 Weigelt, p. 272 Gross, p. 273 Keller, p. 274 Vallender; BO 1998 E, p. 159 Aeby.

fédérale que si le Conseil fédéral (art. 186, al. 3, Cst.) ou un canton élèvent une réclamation (art. 172, al. 3, Cst.).

Jusqu'à présent, hormis une modification de la LOGA correspondant aux adaptations requises par la nouvelle Constitution, à savoir la modification du contenu de l'art. 62 LOGA⁸ au sujet des conventions des cantons avec l'étranger, aucun autre changement n'a été apporté à la législation d'exécution existante, pas davantage que l'ordonnance sur l'approbation des actes législatifs cantonaux par la Confédération, qui est toujours en vigueur.

Pendant la phase de transition précédant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions requises, la Chancellerie fédérale, en accord avec le secrétariat de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) et avec certains services administratifs de la Confédération, a édité en janvier 2003 un aide-mémoire disponible uniquement sous forme électronique (http://www.admin.ch/ch/f/bk/recht/genehmigung_kantonal_erlasse/Merkblatt.html). Celui-ci règle la procédure aussi bien pour les conventions des cantons entre eux que pour les conventions des cantons avec l'étranger. Il est surtout axé sur le déroulement de la procédure à l'intérieur de l'administration fédérale; l'accent est donc porté sur les processus internes de l'administration.

1.1.2 Réglementation des conventions cantonales

En raison d'adaptations nécessaires à l'actuelle Constitution, on a modifié le contenu de l'art. 62 LOGA, qui concerne désormais les conventions des cantons avec l'étranger. Cet article comporte des lacunes et la pratique a montré ses insuffisances. De plus, la réglementation existante sur les conventions des cantons entre eux, édictée selon l'ancien droit constitutionnel, n'a pas été adaptée à la Constitution en vigueur. De ce fait, une nouvelle base légale doit être créée dans la LOGA aussi bien pour les conventions des cantons entre eux que pour celles qu'ils passent avec l'étranger. Elle doit non seulement correspondre aux prescriptions constitutionnelles, mais aussi être adaptée à la pratique. En outre, comme il est vraisemblable, avec la réforme de la péréquation financière⁹, que les conventions des cantons entre eux gagnent en importance, il est aussi pertinent que nécessaire de régler la procédure d'information concernant les conventions en prévision de leur forte augmentation.

Les domaines suivants, en particulier, nécessitent une adaptation:

- Rendre la législation conforme à la Constitution: ni les conventions passées par les cantons avec l'étranger ni celles qu'ils passent entre eux ne sont plus soumises à l'approbation de la Confédération depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. La législation actuelle n'exprime pas explicitement cette nouvelle disposition et doit donc être complétée.

⁸ RO 2000 289

⁹ Message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), FF 2002 2155; arrêté fédéral du 3 octobre 2003 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (projet soumis au référendum), FF 2003 6035.

- Compléter la législation: d’après l’art. 172, al. 3, Cst., le Conseil fédéral aussi bien que les cantons tiers, c’est-à-dire les cantons qui ne sont pas partie aux conventions passées par d’autres cantons entre eux ou avec l’étranger, peuvent élever une réclamation à l’Assemblée fédérale contre lesdites conventions. Pourtant, jusqu’à présent, il n’existe ni dans la Constitution ni dans la loi d’obligation d’informer les cantons tiers des conventions conclues par d’autres cantons ou en passe de l’être. Il convient donc de réglementer l’information et la participation des cantons tiers. En outre, pour l’instant, aucune disposition légale ne règle les réclamations élevées à l’Assemblée fédérale par le Conseil fédéral ou un canton tiers contre des conventions passées par des cantons entre eux ou avec l’étranger. Il convient donc de régler les grandes lignes de cette procédure dans la loi du 13 décembre 2002 sur l’Assemblée fédérale (loi sur le Parlement)¹⁰.
- Adapter le projet à la pratique: dans le sens d’une procédure efficace et pour décharger les autorités fédérales et cantonales, les conventions de portée mineure ne devraient pas être soumises au devoir d’information.
- Régler les compétences décisionnelles de la Confédération de manière rationnelle: si, à l’examen d’une convention, le département compétent établit que la convention est anticonstitutionnelle, il devra désormais présenter lui-même ses objections auprès du ou des cantons qui ont conclu la convention (cantons contractants). De même, c’est le département qui représente la Confédération lors des procédures de conciliation éventuellement nécessaires avec les cantons contractants. Cela permet de décharger le Conseil fédéral, qui a cependant toujours la compétence de décider, en cas de désaccord entre la Confédération et les cantons, si une réclamation doit être élevée devant l’Assemblée fédérale.
- Régler seulement les points importants à l’échelon législatif: la Constitution requiert que toutes les dispositions importantes soient énoncées dans une loi fédérale (art. 164, al. 1, Cst.). La LOGA doit donc être adaptée en conséquence. Les dispositions de détail devront être – comme jusqu’ici – réglées dans une ordonnance d’exécution du Conseil fédéral.
- Appliquer une systématique législative claire: désormais, l’approbation des actes législatifs cantonaux devra être réglée dans une disposition distincte et sera ainsi nettement séparée des dispositions concernant le devoir d’information au sujet des conventions passées par les cantons entre eux ou avec l’étranger.

1.1.3 Réglementation de l’approbation du droit cantonal

La réglementation actuelle concernant l’approbation du droit cantonal demeure inchangée pour l’essentiel. Du point de vue matériel, toutefois, elle est adaptée à la forme législative requise par la Constitution (on renonce à mentionner l’arrêté fédéral de portée générale, puisque cette forme d’acte n’existe plus depuis l’entrée en vigueur de la nouvelle Constitution). En outre, cette disposition a été reformulée du

¹⁰ RS 171.10

point de vue rédactionnel et détachée de la réglementation concernant les conventions intercantionales.

1.1.4 Travaux préparatoires

La Chancellerie fédérale a été mandatée en 2002 pour examiner la nécessité d'agir au niveau législatif et d'entreprendre les modifications nécessaires concernant l'approbation du droit cantonal et la procédure d'information relative aux conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger. Pour préparer ce mandat, un groupe de travail interdépartemental a été créé pour représenter aussi bien les différents départements que le secrétariat de la CdC.

1.2 Procédure de consultation

1.2.1 Projet mis en consultation (révision partielle LOGA)

Le 28 janvier 2004, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation pour la révision partielle de la LOGA relative à l'approbation du droit cantonal et à l'information sur les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger; il a alors chargé la Chancellerie fédérale de l'exécution du projet¹¹.

Le projet de révision mis en consultation prévoyait une réglementation différente sur la procédure relative aux conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger et une modification rédactionnelle de la disposition concernant l'approbation des actes législatifs cantonaux. Il comportait également des dispositions, correspondant à une adaptation de la loi sur le Parlement, sur les grandes lignes de la procédure parlementaire en cas de réclamation élevée à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral ou un canton tiers.

Les milieux intéressés avaient jusqu'au 30 avril 2004 pour prendre position sur ce projet. Au total, 26 cantons, 2 partis, 1 organisation intercommunale, 3 associations faîtières du monde de l'économie et 2 autres associations ou organisations ont pris part à la consultation.

1.2.2 Résultats de la consultation

Les résultats de la consultation sont, dans l'ensemble, positifs. La majorité des organismes consultés (soit 27 participants) adhère au projet. Quelques participants à la procédure de consultation (6 participants) ont jugé que le projet n'était que partiellement abouti.

¹¹ Pour accéder à l'ancien projet accompagné de son rapport explicatif, voir http://www.admin.ch/ch/f/bk/recht/genehmigung_kantonaler_erlasse/genehmigung_kantonaler_erlasse.html.

Les participants se sont exprimés en particulier au sujet des points suivants:

Conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger

Les organismes consultés saluent majoritairement la procédure prévue en ce qui concerne les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger. Seul un participant (Bâle-Ville) s'oppose au devoir d'information et à la procédure prévue et s'est exprimé pour le maintien de la réglementation en vigueur. Si la procédure proposée devait être adoptée, le canton de Bâle-Ville souhaite qu'elle soit la même qu'il s'agisse des conventions des cantons entre eux ou des conventions qu'ils passent avec l'étranger: soit il convient d'informer la Confédération avant toute convention, soit il suffit de l'informer après conclusion de la convention. Deux autres cantons (Zurich et Berne) ont proposé que même les conventions des cantons entre eux soient systématiquement soumises à la Confédération avant leur conclusion.

La perspective de limiter le devoir d'information et d'introduire des délais clairs a été nettement appréciée par les organismes consultés. De même, la procédure prévue pour informer les cantons tiers, la procédure de conciliation en cas d'objection à une convention et la réglementation de la procédure de réclamation dans la loi sur le Parlement rencontrent l'approbation des organismes consultés.

En revanche, 13 cantons et 1 parti (le PDC) ont vivement critiqué les explications relatives au délai consécutif à l'information de la Confédération par les cantons au sujet des conventions, d'une part, et celles relatives aux conséquences des objections et des réclamations sur la conclusion et l'exécution des conventions telles qu'elles ont été présentées dans le rapport explicatif à l'appui du projet envoyé en consultation. On a ainsi avancé qu'il existait un écart important entre le projet de loi et les explications: les explications au sujet des délais et des objections ou des réclamations ne correspondaient pas au texte de loi, qui ne comportait ni délais d'attente, ni interdits. 4 cantons ont même craint, au vu des explications, que le devoir d'approbation soit réintroduit de facto.

Un canton (Zoug), critiquant la structure de la loi, a proposé de scinder en deux articles la disposition relative aux conventions des cantons.

Approbation du droit cantonal

La nouvelle formulation de la disposition concernant l'approbation du droit cantonal a remporté l'adhésion. Quelques participants ont fait des propositions d'ordre rédactionnel.

1.2.3 Prise en considération des résultats de la consultation

Sur la base des résultats de la consultation, les explications relatives au devoir d'information et aux conséquences des objections et des réclamations ont été reformulées. En outre, les conventions des cantons sont réglementées par deux dispositions au lieu d'une seule. Enfin, plusieurs modifications rédactionnelles ont été apportées au projet.

Par contre, il n'a pas été possible de tenir compte de la proposition de prévoir le même délai d'information à la Confédération à la fois pour les conventions des cantons entre eux et pour celles des cantons avec l'étranger. En effet, la Constitution distingue formellement le devoir d'information des cantons au sujet des conventions

qu'ils passent entre eux et l'obligation des cantons d'informer la Confédération avant de conclure des conventions avec l'étranger. Inclure dans la loi un devoir pour les cantons d'informer la Confédération avant la conclusion des conventions qu'ils entendent passer entre eux serait aller à l'encontre de la volonté du législateur de simplifier la procédure et aurait pour conséquences de retarder cette dernière. En outre, une telle solution serait considérée comme inacceptable par la plupart des cantons. Ajoutons également qu'on ne peut pas renoncer au devoir d'information pour les conventions passées par les cantons avec l'étranger, puisque ce devoir est inscrit expressément à l'art. 56, al. 3, Cst.

1.3 Le mandat de modification législative

1.3.1 Modification de la LOGA

Conventions des cantons

Les dispositions relatives aux conventions des cantons entre eux sont détachées de la réglementation concernant l'approbation du droit cantonal en raison de la suppression du devoir d'approbation pour les conventions. Elles sont rattachées, dans un nouveau chapitre, aux dispositions relatives aux conventions des cantons avec l'étranger (art. 61c et 62 du présent projet). Cette nouvelle réglementation recouvre surtout les domaines suivants.

Devoir d'information:

- devoir des cantons de porter à la connaissance de la Confédération les conventions qu'ils passent entre eux ou avec l'étranger;
- exemption du devoir d'information pour deux catégories de conventions mentionnées à titre exhaustif et de portée mineure.

Procédure:

- information des cantons tiers au sujet des conventions;
- grandes lignes de la procédure dans les cas non litigieux;
- grandes lignes de la procédure dans les cas litigieux.

Approbation du droit cantonal

L'ancien art. 61b LOGA au sujet de l'approbation du droit cantonal a été reformulé, restructuré et adapté aux dispositions de l'actuelle Constitution sur les formes d'actes législatifs. La procédure d'approbation reste identique.

1.3.2 Modification de la loi sur le Parlement

Dans le cadre d'une modification de la loi sur le Parlement, les grandes lignes de la procédure parlementaire ont été réglementées pour le cas où le Conseil fédéral ou un canton tiers, voire les deux, élèveraient une réclamation contre une convention passée par des cantons entre eux ou avec l'étranger.

1.4 Mise en œuvre

Dans une étape ultérieure, l'ordonnance du 30 janvier 1991 relative à l'approbation d'actes législatifs des cantons par la Confédération¹² fera l'objet d'une révision totale. Les détails de la procédure, réglementés dans la LOGA dans les grandes lignes, seront précisés dans cette ordonnance. Cela concerne notamment les aspects suivants.

Conventions des cantons:

- coordination de la procédure par la Chancellerie fédérale;
- modalités de transmission des conventions à la Confédération;
- procédure administrative interne de traitement des conventions;
- précisions concernant l'information des cantons tiers;
- précisions concernant la procédure en cas de litige (procédure de conciliation);
- précisions concernant les réclamations élevées par le Conseil fédéral.

Il est prévu de standardiser la procédure réglementée dans l'aide-mémoire mentionné plus avant (voir ch. 1.1.1) dans l'ordonnance autant que possible. Cela permettra de créer une législation solide et d'apporter la transparence requise au sujet des procédures en raison des dispositions sur les publications des ordonnances.

Approbation du droit cantonal:

- procédure relative à l'examen et à l'approbation des actes législatifs des cantons.

1.5 Précision à propos des interventions parlementaires

Jusque récemment, les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger ne faisaient pas spécialement l'objet d'interventions parlementaires. Cependant, à plusieurs reprises, des interventions portant sur le thème du fédéralisme ont évoqué les conventions des cantons entre eux¹³.

¹² RS 172.068; RO 1991 370

¹³ 01.3426 Po. Commission des institutions politiques CE du 27 août 2001: Traités normatifs conclus entre la Confédération et les cantons; 99.3108 Mo. Theiler du 18 mars 1999: Collaboration intercantonale; 98.3622 Mo. Zbinden du 17 décembre 1998: Fédéralisme coopératif.

2 **Commentaire**

2.1 **LOGA**

Titres précédant les art. 61b et 61c

Pour des raisons de structuration législative, le droit cantonal (actes législatifs cantonaux) soumis à approbation, d'une part, et les conventions passées par les cantons entre eux ou avec l'étranger, d'autre part, sont réglés dans des chapitres différents.

Art. 61b

Cette disposition correspond au droit en vigueur et n'a été modifiée, sur le fond, que pour être adaptée aux dispositions de la Constitution relatives à la forme des actes législatifs (abandon des arrêtés fédéraux de portée générale).

La procédure d'examen et d'approbation sera réglée plus précisément dans l'ordonnance, en ce qui concerne notamment le délai, la compétence, la forme, etc. La réglementation dans l'ordonnance actuelle au sujet de l'approbation des actes législatifs cantonaux devrait toutefois demeurer inchangée pour l'essentiel.

Art. 61c

En vertu de l'art. 48, al. 1, Cst., les cantons peuvent conclure des conventions sur tous les objets relevant de leur domaine de compétence, que ce soit dans le cadre de l'exécution de dispositions de droit fédéral ou dans les domaines dans lesquels ils sont autonomes. Ces conventions intercantionales ne doivent toutefois contrevenir ni au droit ou aux intérêts de la Confédération, ni au droit des cantons. C'est pour éviter de telles situations que les cantons doivent informer la Confédération des conventions intercantionales qu'ils concluent (art. 48, al. 3, Cst.)¹⁴.

En vertu de l'art. 56, al. 1, Cst., les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence. Les cantons ne disposent d'une compétence pour conclure des traités que dans la mesure où la Confédération n'a pas conclu de convention dans le domaine en question qui ne laisserait aucune marge de négociation aux cantons. S'ils traitent avec l'étranger, les cantons doivent veiller à ne contrevenir ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des cantons tiers. La Confédération étant responsable, d'après le droit international, des traités passés par les cantons avec l'étranger, les cantons doivent l'informer de leurs projets de traités, comme prévu à l'art. 56, al. 2, Cst. En outre, d'après l'art. 56, al. 3, Cst., les cantons ne peuvent traiter directement qu'avec des autorités étrangères de

¹⁴ Dans les années 2003 et 2004, les conventions suivantes ont été portées à la connaissance de la Confédération en vertu de l'art. 48, al. 3, Cst.: Convention intercantionale du 23 novembre 2000 entre les cantons de Glaris, Schwyz, St-Gall et Zurich concernant l'ouvrage de la Linth (FF **2003** 3134); Convention intercantionale du 30 août 2001 sur les contributions des cantons aux frais de scolarité et de formation dans le domaine de la formation professionnelle (FF **2003** 7349); Accord intercantional du 20 février 2003 sur les écoles offrant des formations spécifiques aux élèves surdoués (FF **2003** 7349); Accord intercantional du 12 juin 2003 sur les hautes écoles spécialisées à partir de 2005 (FF **2003** 7349); Révision partielle, du 3 juillet 2003, du Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (FF **2004** 4435).

rang inférieur¹⁵. Par autorités étrangères de rang inférieur, on entend les autorités situées à l'échelon local, régional ou d'Etat membre d'un Etat fédéral et les organes de l'administration, à l'exception des instances politiques de l'Etat étranger¹⁶. Dans tous les autres cas, les relations des cantons avec l'étranger se font par l'intermédiaire de la Confédération¹⁷.

Al. 1

Cet alinéa stipule le principe du devoir d'information pour les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger, disposition qui permet de rappeler les obligations des cantons en la matière, fixées dans la Constitution (voir art. 48, al. 3, 2^e phrase, et 56, al. 2, Cst.). Il convient de souligner cette obligation notamment parce que son respect est une condition indispensable pour qu'on puisse examiner l'adéquation des conventions avec les exigences posées par le droit constitutionnel et, le cas échéant, élever une réclamation. Le devoir d'information vaut également pour les conventions des cantons élaborées avec l'aide de services de la Confédération. Il ne concerne pas seulement la conclusion de conventions, mais aussi la modification ou l'abrogation de conventions existantes (JAAC 1986, n° 60).

La Confédération est responsable, sur le plan du droit international, des traités passés par les cantons avec l'étranger. Conformément à l'art. 56, al. 2, Cst., les cantons contractants doivent l'informer avant de conclure un traité. Cette disposition constitutionnelle est reprise à l'al. 1, 2^e phrase. Le sens et le but de ce devoir d'information préalable est la garantie du droit fédéral, des intérêts de la Confédération et du droit des cantons tiers. Cela présuppose un examen efficace des traités concernés et une réaction en temps voulu contre des traités qui enfreindraient les droits ou les intérêts de la Confédération. Le Conseil fédéral attend donc des cantons contractants qu'ils lui présentent suffisamment à l'avance les projets de traités en voie d'être conclus selon le principe de fidélité confédérale inscrit à l'art. 44 Cst. et qu'ils s'abstiennent de précipiter la conclusion des traités. C'est seulement ainsi que la collaboration avec la Confédération et les autres cantons peut se faire dans de bonnes conditions lors de la procédure d'examen¹⁸.

¹⁵ En raison du caractère régional de leurs conventions, les cantons de St-Gall et des Grisons entretiennent des relations directes avec la principauté de Liechtenstein, qui est partie à de nombreux concordats; Baumann Robert, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Schulthess, Zurich, 2002, p. 366.

¹⁶ Pfisterer Thomas, art. 56 Cst., dans Ehrenzeller Bernhard, Mastronardi Philippe, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A., *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Schulthess, Zurich, 2002, p. 705; Häfelin Ulrich, Haller Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e éd., Schulthess, Zurich, 2001, p. 321; Convention-cadre européenne du 21 mai 1980 sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales (avec annexe; RS **0.131.1**); Protocole additionnel du 9 novembre 1995 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales (RS **0.131.11**); Protocole n° 2 du 5 mai 1998 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif à la coopération interterritoriale (RS **0.131.12**).

¹⁷ Les conventions suivantes passées entre des cantons et l'étranger, entre autres, ont été portées à la connaissance de la Confédération en 2004 en vertu de l'art. 56, al. 2, Cst.: Entente entre la République et Canton du Jura et la Région autonome italienne de la Vallée d'Aoste (FF **2004** 103); Vereinbarung der Provinz Udine (Italien) und des Kantons St. Gallen (Schweiz) über regionale Zusammenarbeit (FF **2004** 161).

¹⁸ BO **1998** N, p. 273 Keller.

Dans l'optique d'une meilleure coordination et d'une simplification de la procédure, il est prévu que plusieurs cantons contractants (deux ou plus) puissent désigner un seul service pour les représenter dans leurs relations avec la Confédération; ce détail sera réglé dans l'ordonnance. Il peut s'agir d'un canton contractant ou de la conférence des directeurs cantonaux responsable de l'élaboration de la convention, par exemple. Mais si les cantons ne désignent pas d'interlocuteur commun, chaque canton doit informer la Confédération de son côté.

Il faudra également préciser dans l'ordonnance que la fonction correspondante du côté de la Confédération doit être assurée par la Chancellerie fédérale. Etant donné que c'est elle qui réceptionne les informations en provenance des cantons contractants, elle est responsable de l'attribution et de la transmission des documents au département compétent en la matière. L'examen des conventions passées par les cantons avec l'étranger est en principe du ressort du Département fédéral des affaires étrangères¹⁹. Le département compétent fait éventuellement appel à l'Office de la justice et aux autres services concernés de l'administration fédérale.

Al. 2

Dorénavant, deux catégories de conventions de portée mineure ne donnent pas lieu à l'obligation d'informer. L'exemption ne vaut que pour les deux catégories mentionnées et reflète ce qui se fait dans la pratique. Cette précision par rapport au devoir d'information inscrit dans la Constitution s'impose si l'on veut disposer d'une réglementation qui soit adéquate et applicable sans pour autant demander un investissement excessif. Les deux catégories de conventions qui n'entraînent pas d'obligation d'informer sont celles de l'art. 7a, al. 2, let. b et d, LOGA, qui règle la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux. La solution présentée ici permet de se référer à une réglementation connue et éprouvée.

Le type de convention mentionné à la *let. a* est la convention d'exécution. Elle est l'outil qui permet d'exécuter les traités ou les conventions dont la Confédération a déjà été informée.

Le type de convention mentionné à la *let. b* s'adresse surtout aux autorités ou règle des questions techniques ou administratives²⁰. Comme il s'agit surtout de conventions qui ne touchent pas aux intérêts juridiquement protégés des particuliers²¹, il n'est guère envisageable que ces conventions contreviennent aux droits et aux intérêts de la Confédération ou aux droits des cantons tiers. Il n'est donc pas nécessaire d'informer la Confédération au sujet des conventions en question.

¹⁹ Message du 11 août 1999 concernant la mise en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale et les adaptations législatives consécutives, FF 1999 7145, notamment 7167.

²⁰ Cette disposition (let. b) ne cite cependant pas – à la différence de l'art. 7a, al. 2, let. d LOGA – les conventions ou les traités qui «n'entraînent pas de dépenses importantes», car l'aspect financier n'est pas un critère suffisant pour limiter l'obligation des cantons d'informer la Confédération.

²¹ On peut ainsi envisager des conventions entre plusieurs cantons qui porteraient sur l'instauration de mécanismes d'information et de communication réciproque dans certains domaines politiques.

Le public et les cantons tiers, notamment, sont informés par le biais d'une publication dans la Feuille fédérale effectuée par la Confédération au sujet des conventions qui lui sont présentées. Si la Confédération n'a pas été informée d'une convention passée par les cantons entre eux ou avec l'étranger alors même que ladite convention doit faire l'objet d'une information en vertu de l'art. 61c, elle procède à la publication dès qu'elle a connaissance de la convention.

La publication permet de garantir que les cantons tiers seront effectivement informés de la même manière – ce qui est indispensable pour la sauvegarde de leurs droits. Elle doit renseigner sur le lieu où il est possible de consulter les conventions en question ou d'en retirer un exemplaire. Les détails seront réglés dans l'ordonnance.

Toutefois, la Confédération ne publie pas le texte des conventions. Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles²², les conventions des cantons entre eux cessent d'être publiées par la Confédération, car il s'agit là d'une compétence relevant des cantons. Pour ce qui est des conventions des cantons avec l'étranger, elles n'étaient pas publiées par la Confédération d'après l'ancienne loi; la nouvelle loi sur les publications officielles n'y change donc rien.

Il revient au département compétent d'examiner les conventions sous l'angle de leur adéquation avec le droit fédéral et avec les intérêts de la Confédération. Le critère d'examen des conventions est avant tout leur conformité par rapport au droit.

En l'absence de litige, c'est-à-dire quand il n'y a aucune atteinte au droit fédéral ni aux intérêts de la Confédération, les cantons contractants en sont informés par le département compétent dans un délai de deux mois.

Par contre, si l'on constate une atteinte au droit fédéral ou aux intérêts de la Confédération, le département doit signaler ses objections aux cantons contractants dans les deux mois également. Contrairement au droit en vigueur pour les traités passés avec l'étranger, la loi délègue cette compétence du Conseil fédéral au département compétent. Les cantons tiers disposent du même délai pour présenter leurs objections éventuelles. Si aucune objection n'a été adressée aux cantons contractants dans ce délai de deux mois, aucune réclamation ne peut être élevée devant l'Assemblée fédérale.

Les objections formulées par le département ou par un canton tiers sont sans effet sur l'entrée en vigueur des conventions intercantionales, car l'aboutissement et l'entrée en vigueur de celles-ci relève du droit cantonal ou intercantonal. Cependant, pour préserver la sécurité du droit et eu égard au principe de fidélité confédérale inscrit à l'art. 44 Cst., les cantons devraient attendre jusqu'à ce qu'ils soient sûrs qu'il n'y a pas d'objection avant de mettre en œuvre une convention.

Concernant les conventions des cantons avec l'étranger, la Confédération a une responsabilité en termes de droit international. Le Conseil fédéral attend donc des cantons qu'ils évitent de conclure une convention tant qu'ils n'ont pas reçu confirmation de l'absence d'objections.

²² Objet sujet au référendum: FF 2004 2919.

Al. 3

Si le département compétent fait valoir des objections, la première étape est la procédure de conciliation, qui vise à trouver un terrain d'entente. La Confédération est représentée par le département dans cette procédure, et non plus par le Conseil fédéral. L'ordonnance précisera que le département doit signaler par écrit aux cantons contractants que le problème est résolu concernant l'atteinte au droit ou aux intérêts de la Confédération.

En cas d'objection par un canton tiers, il convient également de commencer par rechercher une solution à l'amiable. La procédure est du ressort des cantons.

Al. 4

Conformément à l'art. 186, al. 3, Cst., le Conseil fédéral peut élever une réclamation contre des conventions passées par des cantons entre eux ou avec l'étranger. Cette option est régie plus précisément à l'*al. 4*, qui pose comme condition préliminaire d'une réclamation le fait que le département compétent a présenté une objection aux cantons contractants dans le délai de deux mois prévu à l'al. 2. Si, lors de la procédure de conciliation prévue à l'al 3, aucune solution ne fait l'unanimité par rapport aux objections formulées contre les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger, le département compétent propose au Conseil fédéral d'élever une réclamation devant l'Assemblée fédérale. En même temps que sa demande de réclamation, le département communique au Conseil fédéral un message présentant un projet d'arrêté fédéral simple au Parlement.

D'après l'art. 172, al. 3, Cst., les cantons tiers peuvent eux aussi élever une réclamation devant l'Assemblée fédérale. La loi précise que les cantons ne peuvent recourir à cette possibilité qu'après l'échec d'une procédure de conciliation.

La réclamation doit être élevée dans les six mois suivant la publication de l'existence de la convention incriminée dans la Feuille fédérale. A l'expiration de ce délai, aucune réclamation ne peut plus être élevée.

Le Conseil fédéral s'attend à ce que les cantons retardent la conclusion de leurs conventions (pour les conventions avec l'étranger) ou leur mise en œuvre (pour les conventions intercantionales) en cas de réclamation.

La procédure décrite à l'*art 62* ne s'applique pas aux conventions de portée mineure, qui ne donnent pas lieu à une obligation d'informer, comme précisé à l'art. 61c, al. 2. En conséquence, il n'existe aucune possibilité d'élever une réclamation devant l'Assemblée fédérale contre ces conventions. La voie judiciaire est donc le seul moyen d'établir qu'une convention de ce type est contraire au droit fédéral.

2.2 Loi sur le Parlement

Art. 74, al. 3

A l'*al. 3*, on précise que les conseils doivent obligatoirement entrer en matière au sujet des réclamations du Conseil fédéral ou d'un canton tiers contre une convention passée par des cantons entre eux ou avec l'étranger.

Titre précédant l'art. 129a

Il convient d'insérer sous le titre 5 de la loi sur le Parlement un nouveau chapitre sur la procédure applicable en cas de réclamation contre une convention passée par des cantons entre eux ou avec l'étranger.

Art. 129a

Les conventions passées par les cantons entre eux ou avec l'étranger sont présentées à l'Assemblée fédérale pour approbation si le Conseil fédéral ou un canton tiers élève une réclamation.

En vertu de l'*al. 1*, si le Conseil fédéral élève une réclamation, il soumet à l'Assemblée fédérale un projet d'arrêté fédéral simple en proposant d'approuver sous réserve ou de ne pas approuver la convention et en y joignant le message correspondant (art. 141 LParl).

En vertu de l'*al. 2*, si une réclamation est élevée par un canton tiers, la commission compétente du conseil prioritaire soumet au conseil dont elle dépend un projet d'arrêté fédéral simple sur l'approbation, l'approbation sous réserve ou le refus de l'approbation en y joignant le rapport correspondant. En outre, conformément à l'art. 112, al. 3, LParl, elle invite le Conseil fédéral à donner son avis, dans un délai raisonnable, sur le projet d'arrêté et le rapport.

Un arrêté d'approbation de l'Assemblée fédérale n'a qu'une valeur déclaratoire²³. Il sert à établir que, de l'avis de l'Assemblée fédérale, la convention n'est pas contraire au droit et aux intérêts de la Confédération ni au droit des cantons tiers. Il reste toutefois possible d'établir ultérieurement, au cours d'une procédure judiciaire, que la convention est contraire au droit fédéral.

En refusant d'approuver une convention, l'Assemblée fédérale établit en revanche que les conditions du droit constitutionnel ne sont pas réunies. Il convient donc d'abroger ou d'adapter la convention concernée (convention passée par des cantons entre eux) ou de renoncer à la conclure (convention passée avec l'étranger). Si un canton a déjà conclu une convention avec l'étranger, il faut alors qu'il la dénonce. S'il ne le fait pas, le Conseil fédéral peut dénoncer la convention à sa place.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La nouvelle réglementation proposée n'a aucune conséquence immédiate pour la Confédération, que ce soit en termes de finances ou de personnel. Quant à savoir si la mise en œuvre du devoir d'information alourdira la charge administrative, il est impossible de le dire à ce stade. Cependant, avec la rationalisation proposée de la procédure et la dispense du devoir d'information concernant certaines catégories de

²³ Häfelin Ulrich, Haller Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e édition, Schulthess, Zurich, 2001, p. 345; Hänni Peter, *Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und Kantonen*, 2001, dans Thürer Daniel, Aubert Jean-François, Müller Jörg Paul, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 451; Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, Stämpfli, Berne, 2000, p. 552; Tschannen Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Stämpfli, Berne, 2004, p. 347.

conventions, la charge administrative devrait à peine augmenter, même si un nombre toujours plus grand de conventions devaient être portées à la connaissance de la Confédération. La nouvelle procédure simplifie de surcroît les processus internes de l'administration et garantit la transparence des relations de la Confédération par rapport aux cantons contractants et aux cantons tiers. Il faut en outre noter que les conventions intercantionales ne doivent plus être publiées par la Confédération avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les publications officielles. L'administration supportera donc une charge en moins.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

La nouvelle réglementation proposée n'a aucune conséquence immédiate pour les cantons et les communes, que ce soit en termes de finances ou de personnel. Comme certaines catégories de conventions n'entraînent pas d'obligation d'informer, il ne devrait en résulter aucune augmentation de la charge administrative pour les cantons. En outre, c'est la Confédération qui informe les cantons tiers au sujet des conventions qui sont portées à sa connaissance et ce, sans aucune charge supplémentaire pour les cantons.

4 Liens avec le programme de la législature

Le projet a été annoncé dans le rapport du 25 février 2004 sur le Programme de la législature 2003–2007²⁴.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La compétence de l'Assemblée fédérale de modifier des dispositions de la LOGA concernant l'approbation du droit cantonal et l'information sur les conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger se fonde sur l'art. 173, al. 2, Cst. L'obligation des cantons de porter à la connaissance de la Confédération les conventions qu'ils concluent, inscrite aux art. 48, al. 3, et 56, al. 2, Cst. et la procédure décrite dans ses grandes lignes aux art. 172, al. 3, et 186, al. 3, Cst. doivent être répercutés au niveau légal.

²⁴ FF 2004 1035

5.2

Forme de l'acte à adopter

En vertu de l'art. 164, al. 1, let. f et g, Cst., les dispositions fondamentales qui créent les obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution des prescriptions du droit fédéral, de même que les dispositions qui traitent de l'organisation et des procédures propres aux autorités fédérales, doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Les règles concernant l'approbation du droit cantonal et l'information de la Confédération au sujet des conventions des cantons entre eux ou avec l'étranger constituent des dispositions fondamentales et doivent donc être prescrites sous la forme d'une loi fédérale.