

Rapport explicatif sur la révision totale de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (projet soumis à la consultation)

version du 20 février 2013

Sommaire

	Condensé	5
1	Présentation du projet	6
1.1	Contexte	6
1.1.1	Tâche de l'approvisionnement économique du pays	6
1.1.2	Nécessité d'agir	6
1.2	Travaux préparatoires	7
1.3	Grandes lignes de la révision	7
1.3.1	L'approche sécuritaire cède la place à l'impact des risques	7
1.3.2	La pénurie grave comme critère exclusif	8
1.3.3	Dynamisation	8
1.3.4	Accroître la résilience des secteurs économiques vitaux	9
1.3.5	Recentrer les mesures d'approvisionnement sur les services	10
1.3.6	Renforcer la coopération internationale	11
1.4	Autres éléments nécessitant une révision	11
1.5	Axiomes de l'AEP	11
1.5.1	Primauté de l'économie privée	11
1.5.2	Subsidiarité de l'action étatique	12
1.5.3	Interdiction de mener une politique structurelle	12
1.5.4	Collaboration entre l'économie privée et l'Etat	12
1.5.5	Collaborer avec les cantons	12
1.5.6	Coopérer avec l'étranger	13
1.5.7	Renforcer la résilience	13
1.5.8	Efficacité, économicité et priorisation	13
1.5.9	Agir dans les temps requis	14
2	Commentaire article par article	15
2.1	Chapitre 1: Dispositions générales (art. 1 à 4)	15
2.2	Chapitre 2: Préparatifs (art. 5 à 27)	15
2.2.1	Section 1: Généralités (art. 5 et 6)	16
2.2.2	Section 2: Constitution de réserves stratégiques (art. 7 à 15)	17
2.2.3	Section 3: Fonds de garantie (art. 16 à 18)	20
2.2.4	Section 4: Financement, taxes et sûretés (art. 19 à 25)	21
2.2.5	Section 5: Exploitation des ressources suisses (art. 26 et 27)	23

2.3	Chapitre 3: Mesures de gestion réglementée pour affronter une grave pénurie (art. 28 à 32)	24
2.3.1	Grave pénurie (art. 28)	24
2.3.2	Prescriptions sur les biens et services vitaux (art. 29 et 30)	25
	Marchandises (art. 29)	25
	Services (art. 30)	26
2.3.3	Prix (art. 31)	27
2.3.4	Pouvoir de déroger (art. 32)	27
2.4	Chapitre 4: Encouragement, indemnisation et couvertures d'assurance (art. 33 à 37)	28
2.4.1	Encouragement de mesures prises par des entreprises de droit privé ou public (art. 33)	28
2.4.2	Garanties financières pour acquérir des moyens de transport et sûretés (art. 34 et 35)	29
2.4.3	Indemnités (art. 36)	30
2.4.4	Assurance et réassurance (art. 37)	31
2.5	Chapitre 5: Mesures administratives (art. 38 à 42)	32
2.6	Chapitre 6: Voies de droit (art. 43 à 46)	33
2.6.1	Opposition et recours (art. 43 et 44)	33
2.6.2	Procédure en cas de litige et tribunaux civils (art. 45 et 46)	34
2.7	Chapitre 7: Dispositions pénales (art. 47 à 54)	35
2.7.1	Infractions aux mesures prises par l'AEP (art. 47)	35
2.7.2	Autres dispositions pénales (art. 48 à 52)	35
2.7.3	Adaptations à la partie "Dispositions générales" du Code pénal suisse	36
2.7.4	Qualité de partie de l'OFAE (art. 54)	36
2.8	Chapitre 8: Exécution (art. 55 à 62)	37
2.8.1	Considérations sur la structure de l'organisation	37
2.8.2	Dispositions organisationnelles (art. 55 à 58)	38
2.8.3	Coopération internationale (art. 59)	39
2.8.4	Suivi de la situation en matière d'approvisionnement et enquêtes statistiques, obligation de renseigner et de garder le secret (art. 60 à 62)	40
2.9	Chapitre 9: Dispositions finales et annexes	40
2.9.1	Dispositions finales (art. 63 et 64)	40

2.9.2	Annexe 1	41
2.9.3	Annexe 2	41
3	Incidences	42
3.1	Incidences sur la Confédération	42
3.2	Impact sur les cantons et communes	43
3.3	Conséquences pour l'économie privée	43
4	Programme de la législature	44
5	Aspects juridiques	44
5.1	Constitutionnalité	44
5.1.1	Mandat législatif découlant de l'article 102 Cst.	44
5.1.2	Moment d'intervention et mesures envisagées	45
5.2	Délégation de compétences à légiférer	45
5.3	Forme d'acte normatif	46
5.4	Comparaison internationale et lien avec le droit international	46
5.4.1	La sécurité d'approvisionnement en comparaison internationale	46
5.4.2	Engagements internationaux	48

Condensé

Les bouleversements géopolitiques survenus depuis la fin de la guerre froide ont provoqué un profond changement structurel de l'économie mondiale. La loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays peut de moins en moins répondre aux nouveaux défis. Comme l'heure est à la mondialisation et qu'une menace militaire directe pour notre pays n'est plus d'actualité, la politique d'approvisionnement doit apporter des réponses convaincantes aux nouveaux défis. Il convient dès lors d'adapter le mandat et les moyens d'action de l'approvisionnement économique du pays (AEP) à la nouvelle donne économique. La politique de sécurité ayant elle-même bien évolué, l'AEP devra changer de logique, oubliant cet aspect traditionnel pour axer sa stratégie sur les risques encourus: ses mesures ne doivent plus s'inscrire dans un scénario de défense (menace de guerre ou d'hégémonie), mais se concentrer sur les fortes perturbations de l'approvisionnement et les pénuries graves. Le point de départ n'est donc plus une cause précise, mais les conséquences plausibles d'une perturbation. La distinction - inspirée par la guerre froide - entre les mesures à prendre face à une menace hégémonique et celles face à une grave pénurie devient alors caduque.

Vu le rythme soutenu des opérations économiques et vu que la concurrence mondiale réduit fortement le temps imparti aux forces du marché pour réagir aux perturbations graves, la Confédération doit pouvoir intervenir au bon moment. Il ne faut plus que les mesures soient mises en œuvre, comme c'est le cas aujourd'hui, une fois qu'une pénurie grave s'est installée: son impact est énorme et, pour y remédier, il faut déployer des efforts disproportionnés, aux coûts élevés. Bien au contraire, la Confédération doit pouvoir, dans certains cas, intervenir dès qu'elle perçoit les signes avant-coureurs d'une pénurie. Cela concerne surtout les systèmes nationaux et internationaux de transport et de logistique, l'approvisionnement en électricité, les technologies de l'information et les installations industrielles vitales. Accroître la résilience des systèmes et infrastructures vitaux afin de réduire la probabilité de paralysies et de mieux amortir leur impact figurera parmi les tâches essentielles de l'AEP. Grâce à ces mesures, la Confédération permettra à l'économie privée d'assumer ses fonctions d'approvisionnement, même lorsque les marchés sont perturbés.

Pour accroître la résilience des structures d'approvisionnement, il faut déjà faire des préparatifs en temps normal, à savoir constituer des stocks et garantir des capacités de transport mais aussi certains services. Si une pénurie est imminente ou déjà survenue, on doit dynamiser les mesures de gestion réglementée. Il faut opérer deux changements fondamentaux: avancer, dans un cadre légal prédéfini, le moment d'intervention et, le cas échéant, recourir plus rapidement aux mesures prévues.

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Tâche de l'approvisionnement économique du pays

L'Approvisionnement économique du pays (AEP) contribue à ce que les perturbations de l'approvisionnement et ruptures de stocks que l'économie privée ne peut maîtriser ne deviennent pas une catastrophe pour la Suisse. A cet effet, l'AEP garantit, lors d'une crise, la disponibilité de biens et services indispensables au bon fonctionnement de l'économie et donc à l'approvisionnement de notre pays. Concrètement, outre les aliments de base, les énergies et les médicaments, il s'agit des infrastructures en logistique des transports, dans les réseaux énergétiques ou des technologies de l'information et de la communication ainsi que des services en découlant. Afin de garantir ces biens, infrastructures et services cruciaux pour l'approvisionnement, l'AEP doit avoir des outils efficaces pour prévenir et maîtriser les crises. Cela signifie que les mesures préparées doivent être concrètes, réalisables et axées sur les défis à relever. Il incombe foncièrement aux milieux économiques de garantir l'approvisionnement du pays, grâce au marché. L'AEP n'intervient que si le secteur privé n'arrive plus à maîtriser les perturbations. Le moment d'intervention dépend de la durée probable et de l'étendue escomptée d'un sous-approvisionnement. L'AEP s'attache à contrer des perturbations sectorielles, sur le court et le moyen termes. Si une perturbation se profile et si, a priori, on ne pourra pas la maîtriser grâce aux mécanismes du marché, l'AEP prend des mesures pour garantir un approvisionnement optimal de la Suisse en biens et services vitaux. Son objectif est d'épauler l'économie privée, aussi longtemps que nécessaire, pour qu'elle puisse réassumer à 100 % ses fonctions. Ainsi, l'AEP opère toujours selon le principe de subsidiarité. L'approvisionnement à long terme de la Suisse, grâce à des mesures de politique structurelle, n'entre pas dans ses cordes : il incombe à d'autres départements et offices.

1.1.2 Nécessité d'agir

Lors du conflit au Proche-Orient, les pays membres de l'OPEP lancèrent, en 1973, un embargo pétrolier contre les pays industrialisés occidentaux. Le Conseil fédéral prit alors des mesures pour réduire la consommation d'huiles minérales en se fondant sur la loi fédérale du 30 septembre 1955 sur la préparation de la défense nationale économique (RO 1956 89). Il dut reconnaître que cette loi, mais aussi les dispositions correspondantes de la Constitution (art. 31bis, al. 3, let. e aCst., aujourd'hui art. 102 Cst.) ne s'appliquaient pas vraiment aux cas où l'approvisionnement était perturbé pour une raison autre qu'une menace militaire ou hégémonique concernant la Suisse. Fort de ce constat, le Conseil fédéral a dû adapter les bases, constitutionnelles comme légales, à la nouvelle donne. Depuis que la loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays (loi sur l'approvisionnement du pays; LAP, RS 531) a été introduite, le Conseil fédéral est habilité à prendre, outre les dispositions classiques d'une économie de guerre, des mesures pour contrer un sous-approvisionnement non dû à la menace de conflit armé ou d'hégémonie. Malgré cet

élargissement du champ d'application, la LAP insiste toujours sur les mesures d'économie de guerre. Les révisions partielles des dernières années n'ont rien changé à cet état de fait. Cette loi ne permet notamment pas de réagir, à temps et de façon appropriée, aux exigences liées aux échanges mondiaux de biens. L'AEP a axé sa stratégie et ses moyens d'action sur des risques pour l'approvisionnement dont la variété, la complexité et l'imprévisibilité n'ont fait que croître. Grâce à sa large palette de mesures, l'AEP est préparé aux crises. Toutefois, des secteurs accusent un certain retard que l'AEP doit combler s'il veut répondre pleinement aux exigences d'une prévention moderne des crises, coordonnée à l'échelle nationale (cf. point 1.3).

1.2 Travaux préparatoires

Dans un premier temps, les bases de ce projet de loi ont été élaborées en collaboration avec Andreas Wenger, professeur au Center for Security Studies der ETH Zürich, avec Reto Föllmi, ex-titulaire de la chaire de macroéconomie de l'Université de Berne, aujourd'hui professeur à St-Gall et Georg Müller, ex-titulaire de la chaire de droit public, administratif et de théorie législative à l'Université de Zurich. Le projet présenté ci-après constitue la quintessence de ces travaux préparatoires, associant politique de sécurité, économie et droit. Pour certains aspects comme le stockage, on a fait appel à des spécialistes œuvrant pour les organisations chargées des réserves obligatoires et d'autres offices fédéraux. Ce projet tient compte, autant que faire se peut, de tous ces travaux.

1.3 Grandes lignes de la révision

1.3.1 L'approche sécuritaire cède la place à l'impact des risques

La LAP en vigueur était dictée par la guerre froide. Ses structures ne correspondent plus aux évolutions politico-économiques survenues depuis. Instrument de défense nationale et d'économie de guerre, l'approvisionnement du pays était étroitement associé à la politique de défense. Sur le plan constitutionnel et institutionnel, il était certes clairement ancré dans la politique économique dès la fin de la seconde guerre mondiale (FF 1955 I 789). Mais, jusqu'à la fin de la guerre froide, le scénario le plus probable restait celui d'une crise d'approvisionnement causée par une menace militaire ou hégémonique pour la Suisse. Cet aspect est, depuis, passé à l'arrière-plan. La situation géopolitique ainsi que le contexte économique mondial ont subi de profonds changements. Vu la stabilité européenne, une menace militaire n'est guère imaginable en Suisse. Contrairement à l'époque de la défense nationale et de l'économie de guerre classiques, les risques sont aujourd'hui davantage liés à la rarefaction des ressources ou aux infrastructures devant être disponibles en permanence.

Comme la politique d'approvisionnement, l'économie privée est confrontée à de nouveaux défis liés à la mondialisation (processus dynamique d'intégration des économies nationales dans l'économie mondiale, via les échanges accrus de marchandises et de services et via l'explosion des mouvements de capitaux) et aux problèmes sécuritaires internationaux. Or la mondialisation n'apporte pas que des avantages, mais aussi des risques car les économies nationales ouvertes doivent relever des défis complexes

dans un contexte mondial et affronter de nombreux risques comme l'explosion des transactions financières et une vulnérabilité croissante face à des événements se propageant très vite sur le globe.

L'AEP doit être adapté à la nouvelle donne et oublier l'approche sécuritaire pour se concentrer sur l'impact des risques. Or ces risques potentiels sont largement inconnus et leurs causes difficiles à cerner, alors que les menaces et dangers traditionnels, dont les origines sont clairement identifiables, sont de plus en plus relégués à l'arrière-plan.

1.3.2 La pénurie grave comme critère exclusif

La distinction opérée dans la loi en vigueur entre les mesures prises face à une menace hégémonique et celles lors de graves pénuries n'est pas judicieuse sur le plan méthodologique puisqu'on recourt à des mesures similaires en réponse aussi bien à une cause (guerre ou hégémonie) qu'à un impact (pénurie). A l'avenir, les mesures prises par la Confédération pour garantir l'approvisionnement devront être axées uniquement sur les *incidences* potentielles. Le seul critère est qu'une grave pénurie est imminente voire survenue, les milieux économiques ne pouvant y remédier adéquatement par eux-mêmes. Dans l'intérêt de la population et de l'économie, il faut prévenir ce genre de crises, les circonscrire voire les maîtriser aussi vite que possible. Peu importe les causes d'un sous-approvisionnement. Le recentrage exclusif sur les graves pénuries permet de mieux appliquer la loi dont la structure gagne en clarté.

1.3.3 Dynamisation

Les changements structurels dus à la mondialisation de l'économie ont créé de nouveaux risques qui réduisent notablement le potentiel des marchés à réagir aux graves perturbations ou à des phénomènes irrationnels. La rude concurrence internationale a induit une baisse des coûts à tous les niveaux et des délocalisations à large échelle, des pans entiers de la production quittant les Etats industrialisés pour les pays émergents. En parallèle, pour baisser les coûts, les stocks de matières premières, de produits semi-finis et de pièces détachées ont été massivement réduits. Les produits sont livrés lorsqu'on en a besoin, dans la logique des flux tendus. L'économie est donc tributaire de services impeccables, notamment dans la chaîne de logistique, l'information, la communication, les secteurs bancaire et assurantiel mais aussi dans la fourniture d'électricité. Le rythme soutenu du système d'approvisionnement caractérise cette évolution. L'AEP est donc appelé – tout comme le font les milieux économiques – à adapter ses moyens d'action à cette nouvelle dynamique. Il faut donc opérer deux changements fondamentaux: d'une part, avancer le moment d'intervention (parer les risques) et d'autre part, agir rapidement pour obtenir, en temps voulu, l'impact souhaité sur le marché (accélérer la procédure législative).

Le plus souvent, il suffit de prendre, à court terme, des mesures ponctuelles de portée limitée pour que l'économie privée soit à nouveau en mesure d'approvisionner le pays. Les interventions massives de la Confédération dans l'économie, telles qu'elles étaient prévues par le passé, devraient être de moins en moins vraisemblables. Leurs chances de réussite sont d'ailleurs minces, puisque la nouvelle dynamique des marchés mondialisés restreint d'emblée le potentiel de la Confédération à réagir en prenant des

mesures complexes et administrativement lourdes. L'objectif visé en avançant le moment d'intervention est d'éviter, au final, des dommages potentiels à l'économie, des mesures appropriées étant appliquées au bon moment.

1.3.4 Accroître la résilience des secteurs économiques vitaux

Dans l'économie moderne, la complexité des systèmes d'approvisionnement s'accroît de par leur dimension mondiale. Aujourd'hui, garantir l'approvisionnement ne signifie plus « assurer ses arrières » avec des biens d'importance vitale pour la consommation suisse. Face à une concurrence mondiale, il faut plutôt garantir à notre économie des échanges de biens régionaux et mondiaux afin de prévenir toute rupture de stocks ou, du moins, de la limiter. D'où l'importance du secteur des services. Les systèmes nationaux et internationaux de transport et de logistique ainsi que les dispositifs industriels d'importance systémique jouent un rôle central. La dépendance accrue envers la technologie de l'information (TI) expose en outre l'échange continu de biens et donc l'AEP à des risques considérables. Toute interruption dans une chaîne d'approvisionnement peut dès lors causer des dommages économiques énormes en un rien de temps.

L'interconnexion croissante des infrastructures techniques, notamment dans les secteurs des télécommunications et des transports publics, constitue un risque notable pour la sécurité de l'approvisionnement du pays. En effet, les pannes ou interruptions d'un système dépassent souvent le secteur concerné. Vu les imbrications, on constate souvent des impacts directs sur d'autres infrastructures. Pour garantir des systèmes aussi complexes, il faut agir à titre préventif. Si l'on ne réagit que lorsqu'un événement se produit, on peut tout au plus limiter les dégâts de façon marginale mais on ne peut guère modifier le déroulement d'une crise. Il faut donc anticiper les crises en renforçant la stabilité des infrastructures interconnectées: accroître leur résilience pour réduire a priori la survenance de pannes et mieux contrôler l'impact des perturbations. Il faut prévoir à cet effet des mécanismes-tampons et instruments spécifiques afin de renforcer les processus vitaux pour l'approvisionnement du pays. L'AEP peut ici agir en collaborant étroitement avec les exploitants d'infrastructures importantes pour l'approvisionnement et avec les associations impliquées. Mais il ne peut aujourd'hui que promouvoir des solutions volontaires dans les branches, le résultat n'étant pas toujours probant. L'AEP peut proposer des pistes, en tant que médiateur entre les branches et les autorités concernées. Il faut d'ores et déjà, avec des moyens d'action adaptés, rendre les infrastructures centrales pour l'approvisionnement suffisamment résistantes pour qu'elles fonctionnent aussi dans des conditions extrêmes, voisins d'une crise.

Dans ce même ordre d'idée, le Conseil fédéral a aussi adopté, le 27 juin 2012, la stratégie de protection des infrastructures critiques (stratégie PIC; FF 2012 7173) élaborée par l'Office fédéral de la protection de la population (OFPP). Cette stratégie permet de sauvegarder le haut degré de protection en Suisse et de l'améliorer dans des secteurs importants. La stratégie définit à cet effet diverses mesures. Il faut notamment inventorier les infrastructures critiques suisses, créer des plateformes pour encourager la coopération ou garantir un appui subsidiaire aux exploitants de ces infrastructures afin qu'ils maîtrisent des événements graves. De plus, on va renforcer l'autoprotection des infrastructures critiques en élaborant des projets de protection

détaillés à mettre en œuvre. Les plans de protection sont élaborés en collaboration avec tous les acteurs importants (notamment autorités directrices de la Confédération, cantons et exploitants) et coordonnés avec des travaux similaires en cours. Les mesures d'AEP pour renforcer la stabilité des systèmes concrétisent ainsi des tâches importantes prévues dans la stratégie PIC. Renforcer la résilience des systèmes d'approvisionnement vitaux et des infrastructures critiques est crucial tant pour la protection de la population que pour garantir l'AEP. La stratégie nationale pour protéger la Suisse des risques cybernétiques, également adoptée le 27 juin 2012 par le Conseil fédéral, prévoit des mesures pour renforcer et améliorer la résistance face aux risques et événements. A cet effet, l'AEP peut mener des analyses de risques et de vulnérabilité selon les besoins de divers sous-secteurs, en impliquant les autorités compétentes, les résultats de ces analyses devant être intégrés dans des plans de gestion de la continuité et des crises.

1.3.5 Centrer les mesures d'approvisionnement sur les services

La LAP en vigueur accorde une trop grande importance au stockage par rapport à d'autres mesures, notamment dans le secteur des services. La dynamique actuelle de l'économie mondiale est diamétralement opposée à cette vision plutôt statique et ne peut rester sans conséquences sur les activités de l'AEP. D'autres moyens d'action, en particulier dans les services requis par la chaîne d'approvisionnement (logistique des transports, télécommunication, technologie de l'information) n'occupent pas dans la loi la place qui leur revient, compte tenu des bouleversements qu'ont connus la technique et les marchés. Vu ce dynamisme de l'économie mondiale, le secteur des services est confronté à des exigences croissantes qui le rendent toutefois plus vulnérable. Il faut réagir de plus en plus vite aux pannes et goulets d'étranglement survenant dans les transports ou les services de télécommunication et de TI pour éviter un effondrement de ces systèmes, préjudiciable à tout l'approvisionnement. L'élément crucial à cet égard est l'approche intersectorielle de l'AEP. Il faut donc s'efforcer de stabiliser le système global de l'approvisionnement économique au-delà des frontières entre secteurs économiques et coordonner la prévention des crises entre ces divers secteurs. Dans notre pays, tous les processus requièrent des ressources indispensables (matières premières, biens, énergie, logistique, TIC). Ainsi, l'approvisionnement alimentaire de la Suisse ne dépend pas que de produits agricoles en quantité suffisante. La production et la distribution des aliments reposent aussi sur un bon réseau énergétique ainsi que sur des prestations en logistique et TIC. L'AEP doit se concentrer sur ces interfaces sectorielles, voire sur l'interdépendance des processus d'approvisionnement centraux et de leurs ressources.

Il faut préparer diverses mesures équilibrées afin de réagir, de manière adéquate et en souplesse, aux défis politico-économiques modernes. La société actuelle a des besoins très variés: on pense aux produits industriels et agricoles, mais il ne faut surtout pas oublier les services.

1.3.6 Renforcer la coopération internationale

A l'heure de la mondialisation, les crises d'approvisionnement revêtent souvent une dimension suprarégionale. Les mesures nationales suffisant de moins en moins, il faut renforcer la coopération et la concertation sur le plan international. Les réglementations bilatérales et multilatérales pour supprimer les obstacles à l'accès aux marchés ont un impact direct sur la sécurité de l'AEP. De plus, les pénuries prenant le plus souvent une dimension internationale, il faut avoir des informations globales sur la nature et l'étendue des perturbations ainsi que sur les mesures décrétées par d'autres pays. Une coopération internationale s'impose dans ce domaine.

1.4 Autres éléments nécessitant une révision

Les changements législatifs en général et les évolutions économique-sociales globales nécessitent à maints égards une révision de la loi en vigueur. La révision de la partie "Dispositions générales" du code pénal suisse (RO 2006 3459) et l'uniformisation de la juridiction pénale par le code de procédure pénale suisse (RO 2010 1881) requièrent une harmonisation.

De plus, les changements socio-économiques structurels enregistrés depuis la fin de la guerre froide imposent que la loi soit adaptée. Cela concerne notamment l'organisation de l'AEP. La façon dont l'économie privée contribue à l'approvisionnement du pays ainsi que son degré doivent tenir compte de ces évolutions. La forte pression exercée sur les dirigeants d'entreprises et le manque d'intérêt des patrons étrangers pour les questions d'approvisionnement du pays constituent une entrave croissante au système de milice; il faudra de plus en plus confier la mise en œuvre directement aux organisations économiques (cf. point 2.8.1 et 2.8.2). Les agents de milice doivent continuer à apporter leur précieux savoir à l'AEP, notamment lors des préparatifs.

1.5 Axiomes de l'AEP

1.5.1 Primauté de l'économie privée

D'ores et déjà, l'AEP applique le principe en vertu duquel, même en cas de crise, l'approvisionnement n'incombe pas à l'Etat mais au secteur privé. Cette primauté reflète l'ordre économique libéral de la Suisse. Mais des raisons, d'ordre pratique et économique surtout, justifient ce principe. Si l'Etat souhaitait prendre le relais, il devrait mettre en place des structures parallèles onéreuses qui, n'étant utilisées que très rarement, ne seraient pas du tout rodées en cas de crise. Y recourir impliquerait un travail administratif disproportionné. Vu l'accélération des opérations économiques, il ne serait même pas certain que le système puisse fonctionner dans les temps, voire qu'il soit efficace.

1.5.2 Subsidiarité de l'action étatique

La primauté de l'économie et la subsidiarité de l'action étatique constituent des principes complémentaires. Le *principe de subsidiarité* n'autorise l'Etat à intervenir que si

une grave pénurie règne et que l'économie privée ne peut plus la contrer ou la surmonter par ses propres moyens. Tant que le secteur privé peut assumer lui-même l'approvisionnement en biens et services vitaux, l'Etat n'a pas à agir. Même quand ce dernier intervient, il ne se substitue pas à l'économie privée, mais il s'efforce, par des mesures peu incisives, de la remettre en selle pour qu'elle remplisse sa fonction première. Il est évident que son action doit se limiter au strict nécessaire, subsidiarité oblige. En outre, l'Etat n'intervient que tant que la pénurie sévit ou est imminente.

1.5.3 Interdiction de mener une politique structurelle

L'AEP est conçu pour maîtriser les crises et non pour poursuivre des objectifs de politique structurelle. Ces derniers relèvent de secteurs traditionnels comme la politique énergétique, celle des transports ou la politique agricole. Les crises sont toujours des phénomènes exceptionnels, destinés à disparaître. La politique en matière de crise d'approvisionnement ne doit donc ni modifier, ni cimenter les structures en place car cela porterait, à long terme, préjudice à la compétitivité et, par conséquent, au développement de la place économique suisse. Les mesures de l'AEP doivent se fonder sur les structures en vigueur sans chercher à les modifier, quand bien même d'autres structures seraient souhaitables pour l'approvisionnement. Il est donc interdit de mener une politique structurelle avec les moyens d'action de l'AEP.

1.5.4 Collaboration entre l'économie privée et l'Etat

Par le passé, l'économie privée et l'Etat ont déjà collaboré avec succès en matière d'approvisionnement du pays. Cette collaboration découle du principe de subsidiarité. Si le secteur privé n'est plus en mesure d'assumer l'approvisionnement lors d'une crise, l'Etat le soutient par divers moyens d'action. Pour les préparer, il lui faut toutefois le savoir-faire des branches concernées. Pour mettre en œuvre les mesures, l'Etat tire profit des structures déjà en place. Des spécialistes, issus du privé, assument des responsabilités, non seulement dans leur entreprise mais aussi dans un cadre étatique. Pour ce faire, ils mobilisent leurs compétences, leur savoir spécifique et leurs réseaux pour en faire bénéficier toute la Suisse.

1.5.5 Collaborer avec les cantons

Approvisionner le pays en biens et services vitaux en cas de pénurie grave incombe exclusivement à la Confédération. Cela n'exclut pas toutefois qu'elle puisse impliquer les cantons dans la mise en œuvre. Cela s'impose toujours lorsqu'un grand nombre de consommateurs sont concernés, comme lors d'une gestion réglementée des aliments ou des produits pétroliers. Les cantons ne peuvent définir les mesures à prendre, ils interviennent seulement sur le plan organisationnel.

1.5.6 Coopérer avec l'étranger

La Suisse est tributaire de l'étranger pour son économie, cette tendance s'étant renforcée avec l'intensification des échanges mondiaux de biens. Pour garantir son approvisionnement, notre pays doit coopérer bilatéralement mais aussi œuvrer au sein d'organismes internationaux (par ex. l'Agence internationale de l'énergie) pour échanger des expériences et des informations. A cet effet, les organisations internationales en charge des crises constituent une bonne plateforme (cf. point 2.8.3).

1.5.7 Renforcer la résilience

Renforcer la résilience de ses structures d'approvisionnement est une réponse à la concurrence mondiale, l'économie suisse étant plus exposée que jamais et devant réduire considérablement son autarcie, face aux coûts impliqués. Vu l'accélération des opérations économiques, le facteur temps joue un rôle clé. La Confédération renforce les structures d'approvisionnement

- en préparant des outils pour agir en souplesse,
- en prenant des mesures préventives et
- en dynamisant ses procédures législatives et administratives.

Si les préparatifs comme constituer des stocks, garantir des moyens de transport, d'information et de communication (cf. point 2.2) sont déjà faits en temps normal pour « assurer » un minimum, les mesures préventives - comme libérer diverses réserves obligatoires (cf. point 2.3) - visent à contrer une pénurie imminente avant même qu'elle ait déployé ses effets. Ces mesures permettent également d'éviter des dégâts à l'économie ou du moins de minimiser leur ampleur. Pour mieux tenir compte du rythme soutenu de l'économie, la Confédération doit en outre accélérer ses procédures législatives et administratives (cf. points 2.6, 2.8.1 et 2.8.2).

1.5.8 Efficacité, économicité et priorisation

Aujourd'hui, les mesures prises pour approvisionner le pays doivent avoir un impact optimal en un temps record. Les systèmes complexes et peu connus, impliquant de lourdes charges administratives, risquent de ne pas être la bonne réponse à une grave pénurie. L'expérience montre que seules des mesures simples, claires pour chacun, sont porteuses de succès, même si l'effort est minime. Les mesures de gestion réglementée doivent donc être simples, réalistes, efficaces et d'un coût raisonnable.

Pour définir le niveau auquel on entend garantir l'approvisionnement, il faut tenir compte du train de vie des citoyens ainsi que des moyens dont dispose l'Etat sur le plan politico-économique. L'étendue et le détail des prestations que l'Etat et l'économie privée sont prêts et aptes à fournir circonscrivent ce que sont les biens et services vitaux. C'est donc une nécessité politique de garantir l'approvisionnement en établissant des priorités.

1.5.9

Agir dans les temps requis

Le rythme soutenu des opérations économiques exige un potentiel de réaction équivalent juste avant ou pendant de graves pénuries. Pour garantir l'approvisionnement, il faut se préparer à un haut niveau et recourir rapidement à des outils opérationnels. Mettre des mesures en œuvre dans les temps requis est le seul gage de succès: on peut ainsi réduire, sinon éviter, de sérieux dégâts économiques. On ne peut toutefois déterminer à l'avance le moment idéal pour intervenir. Pour réagir à temps, les autorités fédérales doivent être bien préparées mais aussi mettre en vigueur et exécuter rapidement les mesures requises, moyennant des procédures légales et administratives simplifiées.

2.2.1

Section 1: Généralités (art. 5 et 6)

Selon l'*art. 5, al. 1*, le Conseil fédéral charge les domaines de faire des préparatifs: il doivent permettre, d'une part, d'agir en temps voulu, lorsqu'une grave pénurie menace ou est survenue, d'autre part, de garantir le bon fonctionnement des infrastructures critiques et des entreprises clés pour l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux.

Face aux réalités économiques (maigres stocks des entreprises, pratique des flux tendus et forte dépendance des services et de l'alimentation électrique à fournir en permanence), accroître la résilience des entreprises vitales figure parmi les impératifs de la révision (cf. point 1.3.4). C'est pourquoi il faut conférer au Conseil fédéral la compétence d'obliger les entreprises ayant une importance particulière pour l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux à prendre des mesures de sauvegarde et d'édicter à cet effet des prescriptions techniques et administratives (*art. 5, al. 2*). Ces dernières doivent permettre d'éviter que de larges pans de l'économie soient paralysés sur une longue période, à cause d'une panne des infrastructures critiques (informatique, communication, alimentation électrique), entraînant un effondrement de l'approvisionnement et de la vie économique, avec des conséquences imprévisibles pour le pays. Les entreprises sont notamment considérées comme clés pour l'approvisionnement du pays s'il n'existe pas de possibilité de substitution suffisante lorsque leurs prestations sont stoppées. Principe de subsidiarité oblige, la plus grande retenue s'impose concernant ces obligations. Toutefois, vu les dommages immenses que peut causer une crise, il importe de confier au Conseil fédéral ce droit d'intervenir dans des cas délicats. On pense notamment à des instructions pour garantir, à court terme, l'approvisionnement en électricité. Par contre, on ne prévoit pas de mesures structurelles, comme obliger les centrales électriques à détenir des réserves d'énergie pour garantir la production de courant.

Les mesures d'AEP sont appliquées de façon subsidiaire à plusieurs égards durant les préparatifs, notamment les instructions contraignantes. Tout d'abord, il y aura des mesures prises volontairement par l'économie privée pour renforcer la gestion de la continuité et des crises. L'AEP peut encourager ces efforts par des conseils et appels « anti-gaspi » tout en rendant la population attentive à l'éventualité d'une crise d'approvisionnement. Cela se traduira, en l'occurrence, par des recommandations pour maintenir les capacités de réserve adéquates (normes minimales sur le fonctionnement) afin de respecter les accords de livraison, par la certitude de disposer d'une main d'œuvre qualifiée ou par des recommandations générales sur la gestion de la continuité des affaires dans une entreprise. Les mesures pour accroître la résilience doivent, d'une part, être élaborées en impliquant si possible les acteurs concernés et être coordonnées avec les entités importantes de la Confédération et, d'autre part, s'appuyer sur des instruments déjà à la disposition de la Confédération ou du secteur privé.

Les réglementations en vigueur sur les compétences dans d'autres domaines juridiques restent inchangées. Les tâches et activités déjà exercées par d'autres autorités fédérales de régulation ou de surveillance ont priorité sur les éventuels préparatifs de l'AEP. Il faut notamment tenir compte des domaines de compétence du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) dans le secteur de l'approvisionnement en électricité ou des technologies de l'information et la communication qui sont couvertes par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) ou l'Office fédéral de la communication (OFCom). Si une entre-

prise est tenue de prendre des mesures, elle a droit, en vertu de l'*al. 36*, à des indemnités qui tiennent aussi compte de l'intérêt qu'apportent ces mesures à l'entreprise.

Ces dernières années, des entreprises de quelques branches se sont regroupées sur une base volontaire pour garantir leurs prestations vitales en cas de crise. La Confédération salue ce genre d'initiatives privées, qui doivent être privilégiées par rapport aux mesures ordonnées par l'Etat. Ces accords comportent toutefois certaines faiblesses: on ne peut forcer une entreprise à participer, d'où le risque de distorsion de la concurrence. De plus, en cas de crise, il sera difficile, avec les moyens du droit privé, de mettre rapidement en œuvre les mesures arrêtées, face à des partenaires récalcitrants. L'*art. 6* prévoit la possibilité pour le secteur privé de passer des accords au sein d'une branche que le Conseil fédéral pourra déclarer d'obligation générale, astreignant ainsi les réfractaires à s'y soumettre. Si une entreprise ne respecte pas l'accord, elle peut y être contrainte avec les moyens prévus par le droit administratif comme pénal. Pour que l'accord soit déclaré d'obligation générale, il doit remplir les conditions énumérées aux *let. a à d*: une majorité qualifiée des entreprises de la branche concernée doit l'accepter et l'accord doit être conforme aux objectifs de la Confédération en matière d'approvisionnement; de plus, il doit garantir les principes d'égalité et respecter le droit impératif, fédéral comme cantonal; enfin, il ne doit pas porter durablement préjudice aux intérêts d'autres branches économiques. Les accords au sein de branches ne doivent donc pas constituer un obstacle à la concurrence. Dernier point essentiel: l'apport escompté par cet accord doit être considérable pour toute l'économie.

2.2.2 Section 2: Constitution de réserves stratégiques (art. 7 à 15)

Dès la création de l'AEP, la constitution de réserves (stratégiques) a toujours compté parmi ses principaux piliers. Si le marché ne peut plus satisfaire la demande de biens vitaux, suite à une crise, on peut libérer les stocks des produits convoités: ces réserves sont donc un moyen d'action précieux de l'AEP. Cependant la Confédération ne détient pas elle-même ces stocks, elle délègue cette tâche aux entreprises qui non seulement gèrent les réserves mais produisent ou commercialisent les biens stockés. Les stocks sont donc ancrés dans le réseau de distribution et peuvent être rapidement écoulés, si besoin est. Il existe plusieurs modes de stockage pour l'AEP. Le plus important et le mieux connu est le stockage obligatoire. Conçu avant la seconde guerre mondiale, il a connu plusieurs améliorations au fil des expériences et a été adapté aux nouvelles réalités économiques, politiques et juridiques. Bien qu'après la guerre froide, le volume des réserves obligatoires ait été notablement réduit, le système ne nécessite pas de changements fondamentaux. Certains ajustements s'avèrent toutefois nécessaires, par exemple pour libérer des réserves obligatoires. En outre, la structure de la section sur le stockage stratégique sera raccourcie par rapport à la loi actuelle.

Le stockage concerne les biens vitaux critiques, ceux qui risquent - comme l'histoire le prouve - de manquer cruellement lors d'une crise. Le Conseil fédéral a donc la compétence de soumettre ces biens au stockage stratégique (*art. 7, al. 1*). Si ce stockage stratégique est imposé pour certains biens, on parle de *stockage obligatoire*.

Depuis toujours, la base du stockage obligatoire est un contrat de droit public, passé entre une autorité étatique et un particulier, selon les normes du droit public. Ces contrats de

stockage s'appuient foncièrement sur le droit privé, à moins que le droit public ne prévoie une autre solution. L'autorité étant, par sa fonction régaliennne, en position de force par rapport au particulier, on a récemment émis des doutes, pour des raisons dogmatiques, sur le fait qu'un contrat était la forme adéquate pour réglementer la constitution de réserves obligatoires. Vu ce déséquilibre, la décision semblerait être un moyen mieux adapté, selon les partisans d'une remise en question. Deux arguments existent en faveur du contrat de stockage obligatoire: il a fait ses preuves depuis des décennies et il est fortement ancré dans l'économie privée. Dans chaque contrat de stockage obligatoire, il existe une marge de manœuvre quant aux dispositions portant sur les principaux points du contrat (*essentialia*). Ainsi, la quantité, la qualité et le lieu de stockage sont négociables dans certaines limites. Il revient à l'OFAE de faire signer un contrat de stockage obligatoire. S'il n'arrive pas à le faire en temps utile avec l'entreprise concernée, l'OFAE peut ordonner, par voie de décision, la conclusion de ce contrat (*art. 7, al. 3*).

Comme, à l'origine, l'on ne prévoyait de constituer des réserves obligatoires que pour les produits importés, on soumettait les négociants au régime du permis d'importation. Pour importer des biens soumis au stockage obligatoire, il faut donc s'engager à conclure avec la Confédération un contrat de stockage obligatoire et à détenir une certaine part de ces biens importés dans une réserve permanente. Le permis d'importation général sert à recenser administrativement les entreprises assujetties au stockage et à garantir les recettes des fonds de garantie. Ce système s'avère judicieux car très simple à appliquer, surtout pour les fonds de garantie privés (cf. point 2.2.3). Vu la nette hausse de la production suisse (notamment celle de céréales, de sucre ou d'huile comestible), ce système subit une pression croissante au niveau international car seules les importations sont grevées par les contributions au fonds de garantie. De plus, vu ce lien entre importations et fonds de garantie, la Suisse peut se retrouver en porte-à-faux avec ses engagements commerciaux, dès lors que ses droits de douane - composés des contributions au fonds de garantie et des taxes à l'importation - dépassent un niveau maximum, convenu avec l'OMC ou ses partenaires de libre-échange, notamment l'UE. C'est pourquoi la Suisse a introduit, en 2001, le système de la *première mise sur le marché* pour certains produits. Il permet de grever au même titre les produits importés et la production suisse et d'éviter les prélèvements sur les seules importations pour alimenter les fonds de garantie. Alors que diverses branches (antibiotiques ou engrais) sont passées, voici plusieurs années, au système de la première mise sur le marché et en sont très satisfaites, d'autres continuent de s'y opposer, considérant que le permis d'importation général est un moyen judicieux pour recouvrer les contributions aux fonds de garantie et que passer à un autre système impliquerait des surcoûts administratifs. Dans un premier temps, on peut envisager de maintenir, pendant une durée limitée, les deux systèmes en parallèle, ce qui explique que le régime des permis d'importation apparaisse comme une variante de l'*art. 7* dans le projet soumis à la consultation.

Sont assujettis au stockage obligatoire les importateurs, producteurs, transformateurs ou les premiers à mettre sur le marché (*art. 8, al. 1*). Est donc tenue de passer un contrat de stockage obligatoire toute entreprise qui importe, fabrique ou transforme des biens vitaux, ou qui les met sur le marché pour la première fois. Le Conseil fédéral détermine le cercle des entreprises tenues de contracter, moyennant une ordonnance pour chacun des biens à stocker en l'occurrence. Aujourd'hui, l'obligation de stocker est fonction des quantités de produits mises sur le marché pendant une période donnée. La constitution de réserves obligatoires n'étant pas toujours possible ou opportune, par exemple pour les petits impor-

tateurs ou producteurs, l'OFAE doit pouvoir définir les entreprises échappant à cette obligation (*art. 8, al. 3*).

Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) fixe, selon son évaluation pour une période donnée, les besoins à couvrir, les volumes et la qualité des divers produits soumis au stockage stratégique (*art. 9*). Jusqu'à présent, les organisations chargées des réserves obligatoires recevaient des instructions départementales à cet effet. Or cette injonction individuelle, donnée par le Département à une organisation avec laquelle il n'entretient pas de rapport de droit direct, prête à une controverse juridique: il faudra donc examiner si la forme de l'ordonnance départementale, avec sa force obligatoire générale, ne serait pas plus pertinente. Dans l'*art. 10*, on énumère explicitement, comme dans la loi en vigueur, les *essentialia* du contrat de stockage obligatoire.

Selon l'*art. 11, al. 2*, une personne assujettie peut transférer son obligation de stocker à un tiers qualifié, pour autant que cela soit convenu dans le contrat de stockage. Par tiers qualifié, on entend notamment des entrepositaires, des communautés de stockage ou d'autres propriétaires de réserves obligatoires. Depuis la fin de la guerre froide, de nombreux entrepôts ont été abandonnés, vu la réduction massive des volumes à stocker impérativement. S'il fallait accroître le nombre d'entrepôts, la menace de crise se précisant, il pourrait s'avérer difficile de s'accorder avec les propriétaires d'entrepôts ou de citernes. Dans ce cas, grâce à l'*art. 11, al. 3*, le DEFR est autorisé à accorder un droit d'expropriation à une personne assujettie au stockage obligatoire. La procédure serait conforme aux prescriptions de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711).

Les marchandises stockées doivent appartenir au propriétaire de la réserve obligatoire (*art. 12, al. 1*) et ce, à double titre: lors d'une gestion réglementée, l'autorité compétente doit pouvoir disposer, en tout temps, de la marchandise sans avoir à discuter au préalable avec des tiers comme des créanciers gagistes. De plus, la question de la propriété joue un rôle crucial dans les droits de disjonction et de gage (*art. 23 et 24*). Les droits réels et impératifs de tiers peuvent compromettre la position de la Confédération, en tant que garante de prêts pour réserves obligatoires, en cas d'insolvabilité de leur propriétaire. La propriété exclusive sur ces produits est d'autant plus importante que les réserves obligatoires sont des biens mobiliers qui, en général, ne peuvent pas être entreposés séparément et mis sous clé: ils ne peuvent donc pas non plus être frappés d'un droit de gage. L'*al. 2* prévoit une exception lorsque plusieurs propriétaires s'engagent solidairement envers la Confédération et, le cas échéant, envers le prêteur, de sorte qu'elle peut en tout temps disposer des réserves obligatoires.

Une question se pose alors: peut-on réduire ou liquider des réserves obligatoires? Les propriétaires doivent rembourser entièrement ou au prorata les prêts garantis par la Confédération avant de liquider tout ou partie de leurs réserves (*art. 13, al. 2*). De même, ils doivent, avant la liquidation, s'acquitter de leurs obligations envers les fonds de garantie pour les amortissements et autres indemnités fournis. Reste réservée la libération de réserves obligatoires en vertu de l'*art. 29, al. 1, let. f*, qui permet au propriétaire, lors d'une gestion réglementée, d'écouler sur le marché ses marchandises libérées, si le besoin est urgent. Or certains propriétaires n'ont pas assez de liquidités pour régler leurs créances dans l'immédiat, en cas de réduction ou de libération de leurs réserves. Comme on l'a constaté, les sociétés assujetties au stockage obligatoire n'ont souvent pas provisionné ces montants dans leurs bilans. C'est pourquoi, l'*al. 3* prévoit, dans ce cas, la possibilité d'astreindre le propriétaire d'une réserve obligatoire à fournir des sûretés appropriées pour

que la marchandise soit écoulee graduellement et que les créances soient réglées grâce aux recettes de chaque vente. Ainsi, on évitera de bloquer des marchandises.

Mais le Conseil fédéral n'a pas à prescrire systématiquement une obligation de stocker. Pour certains biens qui n'impliquent que quelques importateurs, producteurs, transformateurs ou distributeurs, la Confédération peut convenir, comme c'était le cas jusqu'ici, d'un *stockage sur une base volontaire* (art. 14). Il faut toujours privilégier cette variante de stockage lorsqu'on peut atteindre, à l'amiable, les objectifs en matière d'approvisionnement. Ces réserves devant être constituées pour des entreprises spécifiques, d'autres n'y auront pas accès lors d'une gestion réglementée.

Si des entreprises approvisionnant leur clientèle en biens vitaux ne sont pas - ou pas suffisamment - en mesure de constituer des stocks stratégiques, la Confédération peut, à titre exceptionnel, les constituer à leur place. Mais la plus grande retenue est alors de rigueur. L'AEP incombe surtout aux milieux économiques (art. 3, al. 1), ce qui implique en principe qu'ils planifient adéquatement leurs ressources et assument le stockage stratégique.

2.2.3 Section 3: Fonds de garantie (art. 16 à 18)

Malgré les mesures d'allègement fiscal considérables instaurées par la Confédération, les charges et les risques financiers liés au stockage obligatoire représentent des montants énormes. C'est pourquoi, dès le départ, les branches concernées par le stockage obligatoire ont constitué des organismes privés, chargés d'assumer ces coûts et de compenser les risques liés à une baisse de prix. Ce modèle, qui relève d'une démarche purement privée - car c'est toujours le secteur privé qui en prend l'initiative - a si bien fait ses preuves qu'il n'y a aucune raison de le modifier. Pour éviter des distorsions de la concurrence, tous les entrepositaires doivent être impliqués dans ce système. C'est bien le cas, car le Conseil fédéral peut astreindre un propriétaire à cotiser au fonds de garantie créé par sa branche pour couvrir les frais de stockage et les baisses de prix des marchandises stockées (art. 16, al. 3). Il s'agit par conséquent d'une affiliation obligatoire, ordonnée par l'Etat, sur laquelle ni l'entrepositaire, ni la collectivité en charge ne sont libres de se prononcer (ATAF B-7972/2008). Cette collectivité est tenue d'accepter un entrepositaire avec lequel la Confédération a conclu un contrat de stockage obligatoire et dont elle a exigé qu'il s'affilie à l'organisation chargée du fonds de garantie. Les premiers à mettre des marchandises sur le marché versent au fonds commun les contributions sur ces marchandises écoulées ou importées. Ces contributions sont répercutées sur le prix à payer par les consommateurs. Mais ces surcoûts restent modérés: ils ne représentent que 15 francs (chiffre pour 2011), par habitant et par an, pour tous les produits soumis au stockage obligatoire. Ce montant est une sorte de prime d'assurance en cas de crise.

Les fonds de garantie sont des actifs privés à affectation spéciale, avec des restrictions de jouissance en droit public; ils doivent être gérés séparément du patrimoine de la collectivité en charge (art. 16, al. 1). Les prescriptions d'une organisation chargée d'un fonds de garantie peuvent déroger aux règles du droit privé. Lorsqu'elles concernent la création, l'adaptation et la liquidation d'un fonds de garantie, elles doivent être approuvées par l'OFAE (art. 16, al. 2). En outre, l'obtention et l'utilisation des moyens requis sont soumises à la surveillance stricte de la Confédération (art. 17, al. 1). En tant qu'organisations d'entraide de l'économie privée, les fonds de garantie ne doivent pas réaliser des béné-

fices. La Confédération veille à ce que les contributions prélevées soient proportionnées aux besoins financiers du stockage. Si elle constate que ces dernières dépassent les montants requis ou qu'un excédent est versé aux membres, elle exigera les ajustements qui s'imposent (*art. 17, al. 2*).

Si l'on continue, pour certaines marchandises à stocker, de prélever une contribution à leur importation (cf. point 2.2.2 sur l'*art. 7*), les recettes des fonds de garantie disparaîtront si les droits de douane sont supprimés pour des raisons politico-commerciales ou les avoirs baisseront, car ces contributions seront, malgré leur caractère de droit privé, considérées comme des taxes douanières par nos partenaires étrangers et pourront être soumises à des suppressions. En vertu de l'*art. 18*, le Conseil fédéral peut prescrire le montant maximum, l'*al. 2* veillant toutefois à ce que cette suppression ne soit pas assumée seulement par le fonds de garantie. Les droits de douane et les contributions au fonds de garantie doivent alors être réduits dans la même proportion.

2.2.4 Section 4: Financement, taxes et sûretés (art. 19 à 25)

Depuis toujours, la Confédération peut accorder des *garanties* aux prêteurs pour financer les réserves obligatoires. Elle contribue ainsi de manière substantielle au financement des marchandises (*art. 19*). Après avoir fourni à la banque un billet à ordre, le propriétaire de la réserve obligatoire obtient un prêt à faible taux, la garantie de la Confédération constituant pour la banque un gage de sécurité de premier ordre. L'OFAE a passé une convention, de portée nationale, avec les banques suisses sur les modalités de gestion des crédits pour financer les réserves obligatoires : elle s'est avérée très pratique pour ce genre d'affaires.

Les réserves obligatoires doivent être assurées contre tous les risques usuels. Si leur propriétaire est insolvable, la Confédération peut prétendre à être indemnisée (prestations d'assurance) en vertu du contrat, dès lors qu'elle avait accordé sa garantie. Face à des risques pour lesquels les assureurs ne proposent aucune couverture ou alors limitée, voire des primes d'un montant disproportionné, la Confédération peut, selon le droit en vigueur, assumer elle-même la couverture (cf. *art. 37, al. 1 let. c*). Les cas de prise en charge des risques sont réglés dans le contrat de stockage obligatoire (*art. 10, let. d*).

Un propriétaire de réserve obligatoire doit foncièrement assumer les frais de stockage et la baisse des prix des marchandises. Si certaines branches ont constitué des fonds de garantie (cf. point 2.2.3), ces derniers assument ces frais. Mais on constate une nette tendance: certains fonds auront de plus en plus de peine à prélever tous les montants requis et à dédommager leurs membres. Vu les prix en hausse sur les marchés mondiaux et ses engagements dans le cadre de l'OMC ou avec ses partenaires de libre-échange, la Suisse ne pourra plus - ou alors dans une moindre mesure - prélever de droits de douane à l'importation; de plus, une répercussion de ces coûts sur le prix des produits suisses ne sera plus acceptée, pour des raisons politiques. Lors de la révision partielle de 2000, l'*art. 11a* LAP permettait à la Confédération d'assumer tout ou partie des frais pour les aliments de base. La Confédération ne peut assumer ces coûts qu'à titre subsidiaire. Le financement du stockage stratégique incombe a priori aux fonds de garantie ou à la branche concernée (*art. 20, al. 1*). C'est seulement si les entreprises assujetties au stockage et contributrices ne peuvent plus assumer les coûts de stockage et les baisses de prix que la Confédération peut apporter son aide (*art. 20, al. 2*). Jusqu'ici, on a pu éviter d'en arriver là. Bien que les

produits agricoles soient visés ici en priorité, d'autres biens entrent en considération tels les médicaments (antibiotiques) ou les dispositifs médicaux. Contrairement aux biens courants, dont la consommation baisse en cas de gestion réglementée, la demande de médicaments explose en cas de crise (pandémie). Il faudrait, par conséquent, constituer des réserves obligatoires volumineuses bien qu'en temps normal, ces médicaments ne puissent pratiquement pas être écoulés sur le marché. Une fois passée leur date de péremption, il faudrait les détruire. La branche des médicaments et des dispositifs médicaux est de moins en moins disposée à supporter ce risque. L'*art. 20* élargit à son *al. 2* la réglementation actuelle à tous les produits sans restriction.

Pour que les charges fiscales ne portent pas un coup fatal aux réserves obligatoires - qui représentent des montants considérables -, la Confédération et les cantons ont toujours pris en compte les risques particuliers dans l'assiette des impôts directs et appliqué des barèmes réduits. Le Conseil fédéral a réglementé les détails à l'*art. 7a* de l'ordonnance du 6 juin 1983 sur la constitution de réserves (RS 531.211): cette formule a fait ses preuves et sera reconduite sur la base de l'*art. 21, al. 1*. De même, selon l'*al. 2*, les propriétaires de réserves obligatoires n'ont pas à payer de droits de timbre.

L'engagement financier de la Confédération, en tant que garante, requiert des sûretés appropriées sur les marchandises stockées. Or, le gage mobilier ne peut pas frapper ces stocks car ils sont rarement isolés mais plutôt mélangés aux réserves d'exploitation et ne peuvent donc pas être soustraits au pouvoir de disposer qu'a leur propriétaire. Les stocks obligatoires doivent être renouvelés régulièrement, tout comme les réserves d'exploitation, pour que les marchandises disponibles soient conformes au marché. Aussi le législateur a-t-il opté très tôt pour une réglementation spéciale. Régulièrement affinée grâce à une longue pratique, elle a fait ses preuves en tant que système fermé. Les détails sont réglés aujourd'hui dans l'ordonnance du 6 juillet 1983 sur le droit de disjonction et droit de gage de la Confédération sur les réserves obligatoires (RS 531.212).

La prétention légale à obtenir des sûretés prend effet dès lors que la Confédération a fait une promesse de garantie pour financer une réserve obligatoire (*art. 22, al. 1*). Les sûretés ne se réfèrent pas uniquement à la marchandise décrite dans le contrat, mais aussi aux créances compensatoires et, si la réserve présente un découvert, aux marchandises du même genre appartenant au propriétaire de la réserve obligatoire. Par rapport au droit de disjonction de la Confédération, tous les droits réels et impératifs sur la marchandise demeurent sans effet, à l'exception du droit de rétention qu'a l'entrepositaire selon l'*art. 485 CO (art. 22, al. 2)*.

La prétention à obtenir des sûretés produit son effet réel de plein droit, sitôt que le propriétaire de la réserve obligatoire est déclaré en faillite, que la faillite est ajournée ou qu'il est mis au bénéfice d'un sursis concordataire ou extraordinaire, à condition que la Confédération ou une entreprise tierce ait assumé ses engagements découlant du contrat de garantie (*art. 23, al. 1*). Si, à la réalisation des réserves obligatoires, il résulte un excédent, la Confédération ou l'entreprise tierce doit d'abord assumer les obligations du fonds de garantie vis-à-vis du débiteur. L'excédent doit être versé à la masse en cas de faillite ou de sursis concordataire, voire au débiteur en cas de concordat, avec compensation sous forme de dividendes ou de sursis extraordinaire (*al. 2*). Si la Confédération ou l'entreprise tierce n'est pas entièrement dédommée par le produit de la réalisation, elle participe - en tant que créancière ordinaire - à la faillite ou au concordat pour le montant du découvert (*al. 3*).

Le droit qu'a la Confédération d'obtenir des sûretés est sauvegardé en cas d'exécution générale, mais aussi en cas de poursuite par voie de saisie ou en réalisation d'un gage constitué sur sa réserve obligatoire (*art. 24*).

L'*art. 25* remplace l'*art. 15* LVG. La version actuelle manque de précision. Les actions révocatoires doivent d'abord être intentées par l'administration de la faillite (*art. 285*, al. 2, ch. 2 LP). L'administration de la faillite peut renoncer à faire valoir ses prétentions si elle estime qu'elle n'a guère de chance de réussir. Si les créanciers confirment ce renoncement, chacun d'entre eux peut exiger qu'on lui cède ces prétentions pour qu'il les fasse valoir lui-même (*art. 260* LP). Si l'on reprenait l'ancien libellé, la situation changerait de la façon suivante: d'une part, les prétentions reviendraient toujours à la Confédération, de sorte que la masse de faillite n'aurait pas à renoncer à les faire valoir. Mais cela ne semble pas nécessaire: si l'administration de la faillite fait elle-même valoir ses prétentions en matière de révocation, le produit est versé à la masse et la Confédération peut directement en profiter grâce à son droit de gage (*art. 24*, al. 1). D'autre part, le libellé d'origine laissait supposer que si la Confédération ne voulait pas intenter cette action, cela excluait toute possibilité de le faire pour les autres créanciers. Cela ne semble ni nécessaire ni adéquat. Il est donc correct que la Confédération (ou un tiers éventuel) ait seulement, selon l'*art. 25*, un droit de priorité vis-à-vis des créanciers pour céder ses prétentions selon l'*art. 260* LP, et ce, uniquement pour les prétentions en matière de révocation découlant de la vente des marchandises d'une réserve obligatoire mais pas à toutes les prétentions sur la cession.

2.2.5 Section 5: Exploitation des ressources suisses (art. 26 et 27)

Le *bois* compte parmi les rares ressources qui, en temps de crise, peuvent être utilisées comme matériau de construction ou comme source suisse d'énergie. L'effort important que demande l'exploitation de cette ressource requiert des préparatifs en temps voulu. S'il fallait, une crise se profilant, pratiquer une exploitation plus intensive des forêts, on devrait - dès le stade des préparatifs - prendre les mesures visées à l'*art. 26*. Pour couvrir les coûts liés à ces mesures, le secteur forestier peut créer, à l'instar des fonds de garantie, un fonds de compensation alimenté par les taxes que les propriétaires de forêts doivent acquitter lors de chaque coupe de bois.

Face aux changements climatiques, l'*approvisionnement en eau potable* a compté parmi les préoccupations de l'AEP ces dernières années. Comme par le passé, on s'accorde à dire que cette tâche est avant tout l'affaire des cantons et communes. La Confédération doit simplement veiller, en édictant des prescriptions sur la coordination en vertu de l'*art. 27*, à ce que des mesures soient prises dans l'intérêt du pays: il s'agit par exemple de directives techniques pour que communes et régions puissent s'entraider. Mais elle est aussi habilitée à édicter des prescriptions pour les services des eaux quant aux réserves minimales à constituer et au matériel technique. Sur la base du droit en vigueur, elle a édicté ces prescriptions dans l'ordonnance du 20 novembre 1991 sur la garantie de l'approvisionnement en eau potable en temps de crise (OAEC; RS 531.32).

2.3

Chapitre 3: Mesures de gestion réglementée pour affronter une grave pénurie (art. 28 à 32)

Les mesures prises en vertu du présent chapitre constituent une intervention directe sur le marché pour éviter ou contrer une crise d'approvisionnement. Elles figurent parmi les plus incisives de l'AEP et ne se justifient qu'en cas de crise grave. Et même alors, les mesures de gestion réglementée sont soumises au principe général de la proportionnalité.

2.3.1

Grave pénurie (art. 28)

Pour ordonner une gestion réglementée, il faut que la Suisse se trouve face à une pénurie imminente ou survenue que l'économie privée n'est plus en mesure de maîtriser. Sur ce point, le projet se rattache au droit en vigueur. Cependant, l'élément déterminant n'est plus une cause précise mais une réalité économique. Au final, ordonner des mesures de gestion réglementée est une question laissée à l'appréciation politique du Conseil fédéral. Il était déjà clair jusqu'ici qu'on ne parlait de pénurie grave que si un sous-approvisionnement touchait tout le pays ou, du moins, une grande partie du territoire. Si un problème se fait sentir dans une région ou une zone limitée ou s'il n'affecte que quelques entreprises, on ne parle pas de pénurie grave. De même, une simple hausse des prix n'est pas un indice suffisant pour une pénurie grave. Toutefois, moins les fournisseurs d'un bien ou d'un service vital sont nombreux sur le marché, plus une simple prestation peut devenir importante dans l'optique d'une pénurie. De ce fait, la structure du marché, dans une branche, joue aussi un rôle clé dans l'appréciation de la situation. Ainsi, la défaillance partielle ou totale d'un monopoleur ou d'un prestataire oligopolistique peut entraîner une grave pénurie. L'important est de savoir s'il existe ou non des possibilités de substitution suffisantes pour fabriquer un produit vital ou pour offrir un service vital. Décider qu'un bien ou un service est vital relève de la politique: cela dépend, en fin de compte, des efforts que l'Etat et l'économie privée sont prêts et aptes à fournir. Avant d'intervenir, le Conseil fédéral évalue la situation en dialoguant avec les cantons, le secteur privé, ses associations et entreprises. En l'occurrence, les agents de milice qui proviennent des branches économiques en tant qu'employeurs, employés et consommateurs, constituent une aide institutionnelle précieuse lorsqu'il faut prendre des décisions. Lorsqu'on prépare des mesures de gestion réglementée, surtout celles à but préventif visées à l'*art. 28, let. b*, il faut aussi impliquer les acteurs importants, soit les entités fédérales, autorités et exploitants chargés de l'approvisionnement en temps normal.

En vertu de l'*art. 28*, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures de gestion réglementée lorsque l'approvisionnement en biens et services vitaux est fortement menacé (*let. a*) ou perturbé (*let. b*), au point que l'économie privée n'est plus en mesure de maîtriser la situation. Lorsqu'il s'agit d'une menace, la condition supplémentaire est qu'elle entraîne de graves dommages pour toute l'économie. C'est le cas lorsque des infrastructures critiques (requis en électricité, communication ou TI) menacent de s'effondrer ou lorsqu'une pandémie risque d'atteindre l'Europe ou la Suisse. Si la deuxième variante représente un cas classique (une crise est déjà survenue), on s'aventure en terre inconnue si la menace est un fait générateur contre lequel il faut se protéger. Selon le principe de subsidiarité, en intervenant de façon ciblée et en temps voulu, on vise à rendre à l'économie privée les moyens d'assumer sa fonction d'approvisionnement. En d'autres mots, par des mesures de gestion réglementée, l'Etat ne cherche pas à se substituer aux milieux économiques mais

simplement à les soutenir. Les interventions préventives permettent d'éviter qu'une crise grave ne se déploie dans toute sa sévérité, entraînant des dommages catastrophiques pour l'économie, ce qui exigerait alors des efforts disproportionnés pour y remédier.

On ne peut déterminer d'emblée le moment idéal pour intervenir. La *let. a* précise que les probabilités doivent être fortes qu'une crise se déclare, impliquant de graves dommages à l'économie. Toutefois, comparée à une gestion réglementée classique, au sens de la *let. b*, une telle intervention doit naturellement avoir une ampleur limitée.

2.3.2 Prescriptions sur les biens et services vitaux (art. 29 et 30)

Le Conseil fédéral n'est pas libre de choisir les mesures de gestion réglementée. Le principe de la légalité, l'ingérence de l'Etat dans la liberté économique et la sécurité du droit requièrent une liste exhaustive des divers moyens d'action. Ceux figurant aux *art. 29, al. 1 et 30, al. 1* sont de nature et d'intensité diverses. Plusieurs mesures peuvent être prises en parallèle pour atteindre certains objectifs. Toutes les mesures de gestion réglementée sont disponibles aussi bien lorsque la pénurie a éclaté que lorsqu'elle menace. Les biens et services vitaux visés à l'*art. 4* font l'objet des mesures de gestion réglementée. La majorité des mesures vise à soutenir l'offre du marché ou à l'étoffer. Les *art. 29 et 30, à leur al. 2*, confèrent au Conseil fédéral la compétence de passer, à ses frais, des actes juridiques pour faire appliquer des mesures contraignantes. Garantir l'approvisionnement du pays étant avant tout l'affaire de l'économie privée, cette disposition n'a elle aussi qu'un caractère subsidiaire. En cas de grave pénurie, on peut envisager que, dans certaines conditions, la Confédération doive elle-même mettre en œuvre des mesures pour garantir certaines prestations. La condition reste toujours que l'économie ne soit plus en mesure de le faire. Concrètement, on peut imaginer que la Confédération achète elle-même des marchandises.

Marchandises (art. 29)

Cela concerne en premier lieu les *biens vitaux*. Si une augmentation de l'offre ne suffit pas pour combler un sous-approvisionnement, on peut recourir à d'autres mesures pour restreindre, directement ou non, la demande. Les grands classiques sont l'attribution de quantités réduites comme le rationnement, les restrictions d'utilisation, de consommation et de l'offre ou encore le contingentement (*art. 29, let. a et b*).

Souvent, il faut attendre un certain temps pour voir les effets des mesures prises afin de gérer la transformation et la production de biens (*art. 29, let. c*). Lors d'une gestion réglementée sur le court et le moyen termes, on ne va donc pas modifier la production en profondeur (reconversions, programmes d'extension des cultures dans l'agriculture vivrière). Ce type de mesures est réservé aux crises de longue durée. C'est pourquoi, il faut privilégier les mesures visant à accroître la production à plus court terme, par ex. en modifiant ponctuellement certains processus industriels. On recourt aux stocks obligatoires et autres réserves (*art. 29, let. f*) pour faire remonter l'offre en biens vitaux. La libération des réserves obligatoires a un impact rapide et permet de prévenir, à court terme, une rupture de stocks. A moyen terme, cette mesure, combinée à d'autres, permet d'étoffer l'offre du marché. L'obligation de livrer (*art. 29, let. g*), associée à une libération des stocks obligatoires, est surtout une mesure d'accompagnement pour éviter l'accaparement de marchandises et une hausse illicite des prix. Les mesures pour promouvoir les importations (*art. 29, let. h*) visent à inciter le secteur privé à importer des biens vitaux

alors qu'il ne s'y hasarderait pas, sans incitation, vu le risque financier trop élevé. Par incitation, on entend par ex. une hausse provisoire des contingents, la baisse des droits de douanes et des taxes, les importations regroupées ou d'autres mesures similaires. La restriction des exportations (*art. 29, let. i*) est un moyen de sauvegarder nos réserves nationales: si l'offre est peu propice dans leur pays, des consommateurs étrangers pourraient venir acheter des produits en Suisse.

Services (art. 30)

De par leurs fonctions transversales, la logistique des transports, l'information et les télécommunications ainsi que l'approvisionnement en énergie jouent un rôle clé lorsqu'il s'agit de ravitailler le pays en biens et services. En outre, ces prestations sont majoritairement tributaires les unes des autres. Ainsi, l'approvisionnement en énergie ne pourrait être garanti sans installations TIC fiables. Les services d'information et de communication ou ceux d'un terminal de transbordement requièrent une alimentation ininterrompue en énergie. Ces interdépendances des diverses infrastructures critiques seront inventoriées par l'OFPP (inventaire PIC) avec les services compétents. *L'art. 4, al. 4* précise que les services vitaux comprennent également les ressources requises à cet effet. Cela s'applique par analogie aux mesures dont il est question ici pour affronter une grave pénurie. Afin de remplir les tâches très complexes d'approvisionnement, on peut concevoir, pour les services, des mesures très différentes quant à leur type, leur étendue et leur intensité.

L'importance accrue accordée aux *services* par l'AEP ressort également du catalogue des mesures de gestion réglementée. En effet, le Conseil fédéral peut édicter, en vertu de *l'art. 30*, des prescriptions pour sauvegarder, exploiter, utiliser et affecter des infrastructures et des moyens de transport. C'est le cas des infrastructures dans des secteurs comme l'approvisionnement en énergie, l'information, la communication et la logistique des transports (*art. 30, let. a*). Les prescriptions en matière de *sauvegarde* et d'*exploitation* visent à maintenir certains services et leurs infrastructures pendant une crise. La Confédération peut disposer directement ou indirectement d'une certaine infrastructure ou d'un moyen de transport en *l'utilisant* ou en *affectant*. La notion de *mise au service* regroupe plusieurs formes et degrés de mise à disposition, comme la réquisition classique, la location, le fermage ou l'obligation de mettre au service (affrètement forcé). Dans ce dernier cas, le propriétaire est tenu d'exploiter ses véhicules ou ses infrastructures conformément aux directives de la Confédération ou d'un tiers mandaté, sans pour autant que la Confédération n'assume de responsabilité entrepreneuriale. Elle peut en outre obliger des entreprises de service à étoffer, restreindre voire supprimer leur offre, selon les besoins de l'approvisionnement du pays (*art. 30, let. b*).

Enfin, le Conseil fédéral peut imposer certaines prestations de service (*art. 30, let. c*). On entend par là non seulement des prestations de transports mais aussi d'autres services, que les employés d'une entreprise peuvent être tenus de fournir temporairement au lieu de ceux convenus contractuellement. Lors d'une pandémie, par exemple, cela peut impliquer que les personnes travaillant dans la santé publique ou d'autres secteurs critiques, comme l'approvisionnement en électricité, l'information, la communication ou les transports ne puissent provisoirement pas prendre de vacances ou doivent travailler la nuit ou le week-end. Une telle ingérence ne signifie pas, en revanche, que l'employeur est libre de déroger comme bon lui semble au droit du travail. Une telle mesure impose toujours la plus grande retenue. Elle n'est admise que si et tant qu'une pénurie le requiert.

2.3.3 Prix (art. 31)

Les dispositions relatives aux prix ne sont pas une fin en soi: ces mesures d'accompagnement visent principalement à assurer le succès d'une gestion réglementée. C'est pourquoi le Conseil fédéral peut ordonner une surveillance des prix uniquement pour les biens et services vitaux concernés par une gestion réglementée (*art. 31, al. 1*). Lors d'une surveillance de prix relevant de la LAP, on doit impliquer le surveillant fédéral des prix dans les travaux. Il faut fixer par voie d'ordonnance, en même temps que les mesures de gestion réglementée, les détails sur la surveillance des prix et la collaboration concrète entre l'OFAE et le surveillant des prix.

En plus de la surveillance des prix, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions sur les marges, selon l'*al. 2*. Leur avantage par rapport aux prix plafond réside dans le fait qu'on peut inciter les entrepreneurs à continuer, malgré leurs marges réduites, d'approvisionner le marché en biens et services. Faire appliquer les prescriptions sur les marges ne devrait pas s'avérer trop difficile. Un test de faisabilité, effectué en 2003 lors des préparatifs de gestion réglementée liés à l'intervention des Etats-Unis en Iraq, a montré que, pour les carburants, ce type de prescriptions était un moyen tout à fait valable et accepté. Les biens (médicaments, sucre) et services (électricité, télécommunications) soumis à des prix régulés et régis par d'autres bases légales ne sont pas concernés par les mesures en matière de prix prévues par la législation sur l'approvisionnement du pays.

2.3.4 Pouvoir de déroger (art. 32)

Les objectifs poursuivis n'étant pas les mêmes, les mesures de gestion réglementée peuvent se trouver en contradiction avec des dispositions relevant d'autres domaines juridiques. Pour ces situations, la LAP actuelle n'a pas prévu d'autoriser le Conseil fédéral à modifier des lois ou à les déclarer sans effet. L'*art. 32* vient pallier cette faiblesse du système et crée une base permettant d'harmoniser, durant une gestion réglementée, les dispositions d'autres domaines avec celles de la législation sur l'approvisionnement du pays. Avec cette *norme conférant le pouvoir de déroger*, le Conseil fédéral peut, par voie d'ordonnance, déclarer provisoirement sans effet les dispositions étrangères au droit de l'approvisionnement du pays et contredisant une disposition contraignante d'une gestion réglementée (*al. 1*). Ce faisant, le droit en vigueur n'est ni modifié, ni abrogé, mais simplement déclaré *sans effet*, à titre temporaire.

Pour des raisons constitutionnelles, la possibilité de déclarer provisoirement sans effet des dispositions légales doit rester exceptionnelle. Cette délégation de compétence est par conséquent strictement limitée aux pénuries graves ou imminentes. Sa validité temporelle ne peut dépasser celle des mesures de gestion réglementée. On ne peut adapter une disposition légale que dans l'intérêt de l'approvisionnement économique et que tant qu'elle est en contradiction avec d'éventuelles mesures de gestion réglementée (*al. 2*). Les déclarations de nullité ne doivent, en outre, pas dépasser la durée des mesures de gestion réglementée ni déployer d'effet irréversible (*al. 3*).

Tout comme la compétence d'ordonner des mesures de gestion réglementée, le pouvoir de déroger recèle un conflit d'intérêts propre à l'approvisionnement du pays. En vertu des principes constitutionnels, toute adaptation - outre les mesures relatives à l'AEP - de dispositions légales qui en résulterait dans d'autres domaines doit se fonder sur une base

juridique formelle. L'*al. 1* renvoie à l'annexe 1 de la LAP dans laquelle figurent ces dispositions.

Il s'agit de l'interdiction de circuler de nuit et le dimanche, au sens de l'art. 2, al. 2 de la loi sur la circulation routière (LCR, RS 741.1). En vertu de cet article, la circulation des poids lourds est interdite la nuit de 22 h à 5 h et le dimanche. En assouplissant temporairement cette interdiction, on permettrait le cas échéant d'augmenter les capacités dans des secteurs vitaux des transports, contribuant à garantir des possibilités suffisantes d'acheminement lors d'une pénurie grave. Le pouvoir de déroger reste toujours subordonné à la condition qu'on ne puisse atteindre ces objectifs en délivrant des autorisations exceptionnelles dans le cadre des art. 92 et 93 de l'ordonnance sur les règles de la circulation routière (RS 741.11).

Dans l'état des connaissances actuelles, il est toutefois peu aisé d'anticiper tous les scénarios d'une grave pénurie, pas plus que les mesures pour la maîtriser. Il est quasiment impossible d'établir une liste exhaustive des dispositions concernées, vu la difficulté de cerner toutes les actions requises et vu la législation en continuelle évolution. Pour garantir une réaction rapide et appropriée face à une crise, le Conseil fédéral doit être habilité à compléter, au besoin, la liste des dispositions pouvant être temporairement déclarées sans effet (*al. 4*).

2.4 Chapitre 4: Encouragement, indemnisation et couvertures d'assurance (art. 33 à 37)

2.4.1 Encouragement de mesures prises par des entreprises de droit privé ou public (art. 33)

Garantir l'approvisionnement en biens et services vitaux est foncièrement l'affaire de l'économie privée. Pour atteindre les objectifs fixés par l'AEP quant aux préparatifs et à la gestion réglementée, la Confédération peut créer des incitations financières afin d'amener des entreprises à prendre certaines mesures. Les aides financières (prestations pécuniaires non remboursables) ou des garanties permettent d'encourager ou de maintenir des prestations vitales pour l'approvisionnement. Ces incitations doivent cependant constituer l'exception et l'on ne peut y recourir qu'à titre subsidiaire, à savoir si les mesures pour garantir les systèmes d'approvisionnement ne peuvent être prises sans aides financières et donc si l'on ne peut garantir une sécurité suffisante en la matière (*art. 33, al. 1*). Dans un premier temps, la Confédération va insister sur d'autres mesures d'encouragement comme les appels anti-gaspi ou les recommandations. Cette restriction et la formulation en disposition facultative permettent d'éviter que ne se crée un droit à des aides pécuniaires. La Confédération ne doit apporter son soutien que si l'économie privée fournit une véritable prestation, impossible à réaliser sans aide financière.

Durant les préparatifs, ce soutien ne peut être accordé aux entreprises que si leurs prestations renforcent nettement, à titre préventif, les systèmes vitaux pour l'approvisionnement du pays (*al. 1, let. a*). Il s'agit notamment de renforcer la résilience de processus logistiques comme par ex. le bon fonctionnement des installations requises pour l'information et la communication, indispensables au secteur privé, aux autorités et à la population, et donc vitales pour toute l'économie. Lorsqu'une pénurie grave menace ou sévit, les mesures à encourager doivent contribuer fortement à l'approvisionnement en biens et services vitaux (*al. 1, let. b*). Les entreprises de production, de transformation ou autre,

vitales pour l'approvisionnement du pays, seraient les principales bénéficiaires. Les prestations pécuniaires financières ou les garanties permettent ainsi de continuer de prendre des mesures indispensables qui, sinon, feraient défaut lors d'une crise, l'économie privée n'étant plus en mesure de se charger à 100 % de l'approvisionnement. Il faut pouvoir décider au cas par cas les mesures concrètes qui méritent un encouragement. Les autorités requièrent une certaine marge de manœuvre, notamment en cas de pénurie grave. Les détails variant selon le type de crise, il est pratiquement impossible de les spécifier à l'avance. Comme la nécessité de soutenir certaines prestations et leurs priorités peuvent fortement varier, il faut attribuer au Conseil fédéral la compétence de fixer les mesures à encourager et les conditions (*al. 2*).

L'octroi d'aides financières se fonde sur la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions, LSu; RS 616.1). En vertu de celle-ci, la Confédération peut fournir des aides directes et octroyer des cautionnements ou des garanties. Si les prestations pécuniaires non remboursables grèvent directement le budget fédéral, les cautionnements et les garanties n'entraînent pas forcément une obligation de payer. La Confédération ne doit payer que si le bénéficiaire ne peut pas honorer ses engagements. Pour ces cas de figure, la Confédération peut exiger des sûretés, pour autant qu'elles ne lui reviennent pas de plein droit.

L'octroi d'aides financières peut dépendre du comportement du bénéficiaire. Mais dans ce genre d'encouragements, il faut toujours prendre en compte les intérêts du prestataire (*al. 2*). Il faut mettre en balance les intérêts de l'approvisionnement du pays (garantie de prestations vitales) et ceux de l'éventuel bénéficiaire (avantage personnel découlant de la mesure ou de la prestation). Contrairement aux indemnités, les aides financières permettent de soutenir une activité volontaire. Vu la subsidiarité de l'action étatique en matière d'AEP, il est juste que le bénéficiaire fournisse des prestations dans son propre intérêt et qu'il prenne, de sa propre initiative, des mesures pour renforcer ses processus de production, de transformation et de distribution. Cette pesée d'intérêts détermine le type et l'étendue des aides financières. L'aide directe est par exemple exclue si l'on peut atteindre un objectif grâce à une garantie ou un prêt remboursable. Les garanties relatives au financement de réserves obligatoires (*art. 19 ss*) ou des moyens de transport (*art. 34 et 35*) sont soumises à des réglementations spéciales.

2.4.2 Garanties financières pour acquérir des moyens de transport et sûretés (art. 34 et 35)

Comme c'était le cas des réserves obligatoires, une réglementation spéciale sur les garanties pour financer des moyens de transport sera nécessaire, les sûretés dérogeant au droit civil. Les garanties (en vertu de l'ordonnance du 14 juin 2002 sur le cautionnement de prêts pour financer des navires suisses de haute mer [RS 531.44]) permettent à la Confédération d'inciter à fournir des capacités de fret couvrant les besoins de l'approvisionnement du pays. Les navires de haute mer occupent une place centrale car la garantie d'un tonnage suffisant est d'une importance cruciale pour la Suisse, pays enclavé et interconnecté à l'échelle mondiale. Mais, en principe, les véhicules terrestres et les aéronefs ainsi que les péniches sur le Rhin peuvent être financés par le biais de garanties. Pour l'heure, ce besoin n'existe pas. Vu ses engagements, la Confédération répond pour les entreprises de transport et de logistique qui ne peuvent plus rembourser leurs créances ni payer les intérêts liés au prêt garanti. Ce type de garantie doit être d'une durée limitée (*art. 34*).

L'octroi de garanties pour financer l'achat des moyens de transport n'est envisagé que si un véhicule ou un navire est vital pour l'AEP et qu'il est enregistré ou immatriculé en Suisse (*let. a et b*). Cette condition est liée aux sûretés de la Confédération liées à ses engagements. Par vital, on entend que le moyen de transport en question est requis pour garantir des capacités de fret suffisantes dans l'intérêt du pays. La *let. c* exclut l'octroi d'une garantie selon la LAP si la Confédération a déjà accordé à un propriétaire une aide financière pour acheter un moyen de transport en vertu d'un autre titre juridique. Citons par ex. les garanties étatiques via Eurofirma en faveur des CFF pour financer le matériel ferroviaire (RS 0.742.105) ou les cautionnements en faveur d'entreprises de transport concessionnaires (FF 2010 3841).

Le moyen de transport concerné, y compris les équipements et documents d'exploitation, ainsi que les éventuels droits aux dommages-intérêts servent de sûretés à la Confédération dès lors qu'elle a donné sa promesse de garantie (*art. 35, al. 1*). Le droit - purement accessoire - d'obtenir des sûretés naît dès que la Confédération a fourni une garantie si tant est que la créance garantie en est issue. Si la Confédération a rempli ses engagements de garantie, elle a un droit de disjonction ou un droit de gage prioritaire sur le moyen de transport concerné (*al. 2*). Les dispositions sur le droit de disjonction et de gage sur les réserves obligatoires *art. 23 à 25* s'appliqueront par analogie (*al. 3*). Le droit de disjonction de la Confédération naît sur la masse du propriétaire alors qu'en cas de saisie ou de réalisation d'un gage, elle obtient un droit de gage envers le propriétaire, avant tous les autres créanciers, à hauteur de la somme garantie.

Le droit réel à une garantie de la Confédération en vertu du droit de disjonction ou de gage sur le moyen de transport doit être *annoté d'office* au registre officiel (*art. 35, al. 1*). Le registre des navires (de haute mer ou non) et celui des aéronefs permettent de rendre publics les droits réels sur ces moyens de transport. Dans ce contexte, nous renvoyons à l'*art. 37, al. 1* de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30) en lien avec l'*art. 27, al. 2, ch. 3* de la loi fédérale du 28 septembre 1923 sur le registre des bateaux (RS 747.11) et l'*art. 5, let. e - complété* - de la loi fédérale du 7 octobre 1959 sur le registre des aéronefs (RS 748.217.1).

La valeur d'un moyen de transport étant souvent soumise à de fortes fluctuations, la Confédération peut requérir, selon les circonstances, des sûretés supplémentaires pour assurer ses exigences en matière de garantie. L'autorité compétente peut dès lors exiger, en vertu de l'*al. 4*, plus de sûretés en faveur de la Confédération. Cela concerne les papiers valeurs, mais surtout des cessions de débiteurs. Si la propriété du moyen de transport était transférée, les moyens résultant de ces cessions permettraient d'assurer les liquidités requises pour poursuivre l'exploitation, évitant ainsi que le véhicule ne se déprécie, suite à son immobilisation. Le Conseil fédéral règle par ailleurs, dans les détails, l'octroi d'une garantie et les spécifications techniques des moyens de transport (*al. 5*).

2.4.3 Indemnités (art. 36)

La question financière, surtout celle relative aux mesures de gestion réglementée, revêt une importance politique particulière puisque, dans une situation économique déjà tendue, les coûts supplémentaires viennent grever soit le budget de l'Etat, soit les consommateurs. C'est foncièrement aux entreprises concernées de supporter les coûts des mesures. Ces derniers seront répercutés sur le prix de vente du produit ou du service et considérés

comme une prime d'assurance. La règle est que les sociétés à l'origine de ces coûts en assument le financement. Mais on peut aussi imaginer des financements mixtes privé-public. Une prise en charge - partielle, voire intégrale - par la Confédération doit rester l'exception: elle n'entre en ligne de compte que si les conditions visées à l'*art. 36, al. 1* sont remplies. Ainsi, la situation doit aussi exiger une mise en œuvre rapide des mesures. Lors d'une pénurie grave ou juste avant, il faut souvent prendre des mesures immédiates. En accordant des indemnités, la Confédération peut généralement mieux influencer sur les détails de la mesure, l'indemnité étant directement liée à une contre-prestation définie. On peut imaginer, à titre exceptionnel, qu'il faille agir rapidement et avec souplesse, pour imposer certaines mesures contraignantes, au stade même des préparatifs, dès lors que les prestations vitales à garantir sont menacées.

La deuxième condition est que la charge financière soit déraisonnable pour l'entreprise concernée qui n'a pas les moyens de prendre les mesures nécessaires. Le caractère raisonnable ne peut être évalué qu'au cas par cas. Comme pour l'octroi des aides financières, il faut aussi tenir compte des intérêts personnels que l'obligé peut tirer de la mesure ou de sa mise en œuvre. S'il en tire un avantage, par ex. en augmentant ses capacités de production, de transformation ou de livraison, il faut mettre en balance cet avantage et la charge financière. Les indemnités sont plus opportunes lorsqu'un petit nombre d'acteurs est concerné par l'obligation. En effet, les mesures générales contraignantes impliquent toutes les entreprises d'une branche et n'ont aucun impact concurrentiel. Les indemnités devraient dès lors ne concerner que les entreprises obligées à titre individuel, notamment pour les préparatifs prévus à l'*art. 5, al. 2*. Les éventuelles indemnités accordées relèvent, comme les aides financières, des principes de la loi sur les subventions (RS 616.1).

2.4.4 Assurance et réassurance (art. 37)

Les assureurs privés opèrent selon les principes de l'économie de marché. Il est dès lors naturel qu'ils excluent de couvrir des risques où ils n'ont rien à gagner, voire qui laissent présager des pertes. Jusqu'à un certain degré, les assureurs compensent les risques par le biais des barèmes. Mais l'élasticité des prix est souvent très limitée. On sait d'expérience que, dans la perspective d'une crise, les couvertures d'assurance ne sont plus proposées ou alors à des conditions inacceptables. Les transports vitaux, par exemple, seraient alors paralysés. Or cette situation est inacceptable pour l'AEP: c'est pourquoi la loi en vigueur confère déjà au Conseil fédéral la compétence d'octroyer une couverture d'assurance ou de réassurance des transports contre les risques de guerre et autres risques analogues (art. 22, al. 1 LAP). L'*art. 37* régit de manière plus précise et détaille les couvertures en matière d'AEP, reprenant plusieurs principes qui sont réglés aujourd'hui dans l'ordonnance du 7 mai 1986 sur l'assurance fédérale des transports contre les risques de guerre (ARG; RS 531.711). Par la même occasion, le champ d'application est étendu aux biens et services. L'objectif final est de proposer, autant que possible, des solutions assurantielles avec des rentrées de primes permettant une répartition des charges plus équitable, en fonction des risques réellement encourus, soulageant largement le budget fédéral alors que des garanties accordées seraient moins intéressantes pour la Confédération. Par définition, un contrat d'assurance doit être antérieur à un sinistre, afin qu'une réserve mathématique puisse être constituée. Les solutions assurantielles subsidiaires de la Confédération doivent par conséquent être proposées si possible dès les préparatifs puisque, selon les fon-

damentaux, l'on ne peut accorder de couverture en pleine crise. En cas d'urgence, on peut toujours recourir aux garanties.

En vertu de l'*al. 1*, la Confédération peut accorder une couverture lorsque l'offre est inexistante sur le marché ou que des conditions d'assurance déraisonnables, à savoir une prime extrêmement élevée, empêchent l'assuré potentiel de fournir une prestation vitale, comme acheminer des marchandises. Elle peut accorder une couverture pour des biens et services ou des moyens de transport vitaux ainsi que pour des entrepôts (*let. a à c*). La couverture peut être accordée contre les risques de guerre ou assimilés comme la piraterie, les émeutes et le terrorisme (*al. 2*), ce qui explique le terme général *assurance fédérale des transports contre les risques de guerre (ARG)*. Le catalogue des risques compris sous l'expression « risque de guerre ou risques assimilés » est défini par le marché international de l'assurance. Le Conseil fédéral fixe, lui, l'étendue de l'ARG et le moment où elle entre en vigueur (*al. 3*). La Confédération accorde ses couvertures selon les principes des assurances privées, même si le droit public est appliqué par analogie (*al. 4*). Aussi, la couverture n'est accordée que contre versement d'une prime. Etant donné toutefois que, lors d'une crise, on peut rarement calculer un risque actuariel, par manque de bases statistiques, on fixera les primes selon des critères particuliers (*al. 5*). Aujourd'hui, une compagnie d'assurance suisse se charge, en tant qu'organisation de l'économie privée (*art. 58*) et sur mandat de la Confédération, des aspects techniques comme stipuler les dispositions sur la couverture dans les cas d'espèce et régler les dommages (*al. 6*).

Aujourd'hui, les primes sont versées directement dans la caisse fédérale. Au cours des années, elle a accumulé à ce titre 55 000 000 francs (fin 2011) qui, dans le compte d'Etat, apparaissent sous la rubrique capitaux propres de la Confédération (cf. compte d'Etat 2011, tome 1, p. 55 et explications complémentaires tome 3, p. 92). Contrairement aux principes actuariels, ces moyens ne sont ni séparés, ni rémunérés en tant que patrimoine distinct. Cette situation insatisfaisante a été critiquée par le contrôle fédéral des finances. C'est pourquoi, l'*al. 7* prescrit de créer un fonds distinct pour l'ARG, auquel sera affecté le capital déjà accumulé, destiné à couvrir les éventuels dommages. Si les avoirs du fonds ne permettent pas de couvrir les dommages, la Confédération va avancer la somme manquante qui devra être amortie par les primes à encaisser (*al. 8*).

2.5 Chapitre 5: Mesures administratives (art. 38 à 42)

Les violations de la législation sur l'approvisionnement du pays - que ce soit des normes générales abstraites ou des rapports de droit concrets et individuels - exigent, dans l'intérêt même de la cause, tant des correctifs que des sanctions administratives. Dans les deux cas, il s'agit finalement, quelle que soit la faute individuelle, d'imposer la législation sur l'approvisionnement du pays et de retirer les avantages illicites. Le droit en vigueur prévoit déjà des mesures administratives (art. 31 à 34 LAP), qui ont été reprises, à peine modifiées, dans les *art. 38, 39 et 41*.

Pour imposer les droits et devoirs relevant d'ordonnances, de décisions ou de contrats, l'OFAE dispose, selon l'*art. 38*, de moyens de contrainte comme exécution subsidiaire, séquestre à titre préventif, retrait ou refus de permis et restrictions sur les ventes, achats ou attributions.

On peut exiger d'un bénéficiaire qu'il rembourse les avantages patrimoniaux (subventions ou analogues) dès lors qu'ils ont lui été accordés à tort ou que, malgré les sommations, il

ne remplit pas les conditions imposées (*art. 39, al. 1*). Il en va de même pour des marchandises et des avantages patrimoniaux acquis en violation de la législation sur l'approvisionnement du pays. Ils sont dévolus à la Confédération (*al. 2*). Les cas visés à l'*al. 1* comme à l'*al. 2* ne présupposent pas d'acte délictueux. Si toutefois une faute au sens pénal a été simultanément commise, la poursuite pénale reste réservée en sus; elle permettrait au canton compétent de confisquer à son profit des valeurs patrimoniales en vertu de l'*art. 70* ss du CP. Si les autorités pénales cantonales peuvent confisquer des gains illicites, cette option n'est que marginale par rapport aux mesures visées à l'*art. 39*, vu que les valeurs doivent avant tout être sauvegardées dans l'intérêt de l'AEP. Cette priorité est soulignée à l'*al. 5*.

Si la personne qui a acquis illicitement des avantages patrimoniaux - notamment des marchandises - ne les possède plus au moment de leur restitution ou de l'échéance, la Confédération a droit à une créance compensatrice (*al. 3*). Si des tiers ont été lésés par cette violation du droit, ils peuvent exiger la part leur revenant par rapport au dommage subi (*al. 4*).

Les prétentions sont prescrites un an après le jour où la Confédération en a pris connaissance, mais au plus tard cinq ans après leur naissance. Si la prétention relève d'un délit, pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, cette dernière sera appliquée (*art. 42*).

L'OFAE notifie par voie de décision les mesures administratives prévues (*art. 40, al. 1*). Si des mesures d'exécution sont ordonnées, on appliquera les dispositions de l'*art. 39* ss de la loi sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

Depuis qu'il existe des contrats de stockage obligatoire, la *peine conventionnelle* contribue substantiellement à les faire respecter (*art. 41*). Cette peine peut être exigée si le propriétaire n'a pas ou pas suffisamment rempli son contrat, mais comme elle est cumulative, elle ne le délie pas de ses obligations contractuelles. Si le propriétaire conteste la peine conventionnelle, l'OFAE s'en remet au Tribunal administratif fédéral, moyennant une plainte.

2.6 Chapitre 6: Voies de droit (art. 43 à 46)

Le rythme soutenu des opérations économiques exige d'agir rapidement si une pénurie grave se profile ou est survenue. Deux conditions capitales devraient permettre d'ordonner des mesures en temps voulu: avancer le moment d'intervention (cf. point 1.3.3) et accélérer les processus administratifs et législatifs. Vu qu'on doit pouvoir agir rapidement et avec souplesse lors d'une crise d'approvisionnement, cela justifie de simplifier quelque peu, lors d'une gestion réglementée, la procédure liée aux voies de droit par rapport à celle utilisée en temps normal.

2.6.1 Opposition et recours (art. 43 et 44)

La loi en vigueur (*art. 37 LAP*) ne donne au Conseil fédéral que la possibilité d'introduire une procédure d'opposition aux décisions rendues par l'OFAE en cas de menace aggravée ou de pénurie grave. A l'avenir, on autorisera de façon générale - en cas de pénurie grave - l'*opposition* aux décisions fondées sur les *art. 29 à 31* de la loi ou les actes d'exécution en découlant (*art. 43*). L'opposition permet à l'autorité appelée à statuer de prendre une

première décision rapide en la justifiant sommairement. Ainsi, la décision peut être édictée sans audition préalable, vu qu'une opposition sert à accorder ultérieurement le droit d'être entendu. Il existe un autre avantage: l'autorité saisie connaît déjà les dossiers et ce n'est pas une autre instance qui doit s'en occuper. L'expérience montre qu'ainsi, la majorité des décisions attaquées peut être traitée à brève échéance. La procédure d'opposition n'est pas expressément prévue dans les arrêtés de droit fédéral sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; LTAF, RS 173.32; LTF, RS 173.110), aussi faut-il régler ce cas par une disposition spéciale. L'opposition modifie partiellement aussi les voies de droit. Ainsi, l'art. 32, al. 2, let. a LTAF n'autorise pas un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, si ce recours concerne une décision pouvant être combattue par une opposition. Par contre, une décision sur opposition peut être combattue par un recours, en tant que décision au sens de l'art. 5, al. 2 PA (art. 44, al. 3). Un recours doit être interjeté sous les cinq jours qui suivent la notification de la décision (art. 43, al. 2, 1^{ère} phrase). Sur le plan formel, il doit contenir les conclusions et indiquer les faits servant à la motiver (art. 43, al. 2, 2^e phrase).

On peut *recourir* auprès de l'OFAE contre les décisions rendues par les organisations de l'économie privée (art. 44, al. 1). L'art. 33, let. i LTAF autorise le recours au Tribunal administratif fédéral contre les décisions rendues par les autorités cantonales de dernière instance. Pour les décisions rendues en matière d'AEP lors d'une grave pénurie, on exclut toutefois le recours au Tribunal fédéral (art. 83, let. j LTF).

Pour accélérer la procédure lorsqu'on ordonne des mesures contre une grave pénurie, les délais de recours sont raccourcis par rapport aux dispositions générales prévues dans la loi sur la procédure administrative. En vertu de l'art. 44, al. 3, on peut interjeter recours, sous les cinq jours, contre une décision rendue. De plus, on retire l'effet suspensif pour les recours contre une décision rendue lors d'une grave pénurie. Cela se justifie par la nécessité, lors d'une crise d'approvisionnement, de mettre rapidement en vigueur les mesures de gestion réglementée afin qu'elles puissent déployer leurs effets au plus vite. De plus, la procédure de recours est régie par les dispositions générales de procédure fédérale (art. 44, al. 4), tant lors des préparatifs qu'en cas de pénurie grave.

2.6.2 Procédure en cas de litige et tribunaux civils (art. 45 et 46)

Le Tribunal administratif fédéral tranche les litiges relatifs aux contrats de droit public fondamentalement en tant que première instance et sur action (art. 35, let. a LTAF). Cela s'applique aussi à tous les rapports contractuels relevant de la LAP (art. 45, let. a). En outre, le Tribunal administratif fédéral tranchera les litiges entre les propriétaires de réserves obligatoires et les organisations chargées de ces réserves (art. 45, let. b).

Par contre, les litiges entre la Confédération et les organisations chargées des réserves obligatoires ne seront désormais plus tranchés par le Tribunal administratif fédéral (comme le prévoyait l'art. 39, let. c LAP), vu qu'il n'existe pas, entre ces organisations et la Confédération, de rapport contractuel entre parties égales en droit. Il s'agit plutôt d'un rapport hiérarchique voire d'un lien de subordination relevant du droit de surveillance. Dans son jugement du 2 décembre 2008 (ATF 135 II 38), le Tribunal fédéral a confirmé en effet que la Confédération, en tant qu'autorité de surveillance, était en situation réga-

lienne vis-à-vis des organisations chargées des réserves obligatoires et agissait par décision rendue. Ces organisations disposent de la procédure de recours, comme voie de droit.

Les actions et les recours relevant du droit des poursuites et de la faillite qui découlent du droit de disjonction ou de gage dévolu à la Confédération sur les réserves obligatoires ou sur les moyens de transport doivent être tranchés par les tribunaux civils compétents (*art. 46*). Il en va de même pour les créances compensatrices ou les actions révocatoires (pauliennes) de la Confédération liées aux procédures de faillite, de concordat ou de sursis extraordinaire. L'objectif est d'éviter que divers tribunaux soient impliqués dans une même procédure d'exécution forcée.

2.7 Chapitre 7: Dispositions pénales (art. 47 à 54)

2.7.1 Infractions aux mesures prises par l'AEP (art. 47)

La nouvelle structure de la LAP se traduit aussi dans les normes pénales. Contrairement au droit en vigueur, il n'y aura plus qu'une seule norme sanctionnant le non-respect des prescriptions, que ce soit en matière de préparatifs ou de gestion réglementée. En vertu de l'*art. 47, al. 1, let. a à c*, on sanctionnera les auteurs d'infractions non seulement aux prescriptions généralisées mais aussi aux décisions et contrats. On ne sanctionnera l'auteur d'infractions aux décisions ou aux contrats que s'il a été averti, au préalable, des sanctions pénales prévues à l'*art. 47*. Les sanctions pénales pour des délits commis délibérément vont de la peine pécuniaire à trois ans de privation de liberté. Ainsi, le juge a une marge de manœuvre suffisante pour tenir compte de chaque situation, malgré l'élément constitutif général. On a ici procédé à une gradation adéquate en fixant la peine maximale à un an de privation de liberté ou une peine pécuniaire, en cas d'acte commis par négligence (*art. 47, al. 2*). La prescription est régie par l'article 97 ss de la partie "Dispositions générales" du Code pénal (CP, RS 311.0).

2.7.2 Autres dispositions pénales (art. 48 à 52)

Pour mettre en œuvre avec succès la plupart des mesures de gestion réglementée, il est capital de cerner les données économiques. C'est pourquoi l'on punit d'emprisonnement jusqu'à un an ou d'une amende toute personne tenue de donner des renseignements, en vertu de l'*art. 62*, d'un acte d'exécution en découlant, d'une décision ou d'un contrat, dès lors qu'elle fournit délibérément des indications fausses ou incomplètes (*art. 48*). Le caractère répréhensible réside dans le fait que la personne induit en erreur l'autorité compétente. D'autre part, en vertu de l'*art. 292 CP*, on punira celui qui n'aura pas respecté ses obligations d'informer, que ce soit par refus ou par omission. Toutefois, on ne retiendra le caractère répréhensible que si l'auteur avait été explicitement sommé de fournir des informations en étant averti de cette norme pénale. Cette variante revient à appliquer l'article 292 du CP.

Les délits de droit commun que sont l'escroquerie en matière de prestations et de contributions (*art. 49*), le recel (*art. 50*) et l'entrave à l'action pénale (*art. 51*) correspondent au droit en vigueur; ils sont repris pratiquement tels quels dans la nouvelle loi comme éléments constitutifs spéciaux. Par rapport aux normes correspondantes de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, SR 313.0) et du Code pénal, elles ont été adaptées aux

besoins de la législation sur l'approvisionnement du pays et prévoient parfois des sanctions plus élevées (*art. 49, al. 2 et art. 51, al. 2*). Vu l'importance que revêt l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux lors d'une situation d'urgence nationale, la menace de sanctions plus sévères se justifie.

La disposition pénale de l'*art. 52* sur la propagation de rumeurs n'inclut plus l'idée d'infraction ne visant pas à obtenir des avantages, contenue dans l'*art. 46, al. 1* de la LAP en vigueur. On ne sanctionnera donc plus le seul fait d'exprimer ou de propager des propos mensongers sur les mesures en vigueur ou à venir dans le cadre de l'AEP. Par contre, on retient l'énoncé de fait qualifié, dès lors qu'une personne émet et propage des affirmations fausses ou falsifiées dans le but d'obtenir un avantage illicite pour elle-même ou un tiers. On doit pouvoir continuer à sanctionner les personnes qui essaient de profiter de la situation par des propos mensongers au détriment de la collectivité.

2.7.3 Adaptations à la partie "Dispositions générales" du Code pénal suisse

Les mesures pénales visées aux *art. 47 à 52* ont été adaptées aux Dispositions générales (livre 1) du Code pénal suisse. Ce livre a été révisé en 2006 et les modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 3459; FF 1999 1787, 1789). Cette révision visait surtout à réorganiser le système de sanctions. Au lieu de distinguer entre peines de réclusion, d'emprisonnement et d'arrêts, on ne parle plus que de peine privative de liberté et celles inférieures à six mois sont passées à l'arrière-plan. Elles ont été remplacées par les peines pécuniaires et les travaux d'intérêt général. On a aussi introduit un système de jour-amende, dont le montant dépend du revenu du condamné. Depuis, on prépare une nouvelle révision de ce livre du Code pénal, visant à écarter l'amende et abroger à nouveau sa supériorité sur la privation de liberté ainsi que la possibilité du sursis conditionnel pour les peines pécuniaires (Message du Conseil fédéral; FF 2012 4385).

2.7.4 Qualité de partie de l'OFAE (art. 54)

Selon les normes légales sur l'approvisionnement du pays, les poursuites pénales restent du ressort des cantons.

Dans l'*art. 50, al. 2* de la LAP en vigueur, on concède à l'OFAE le droit d'action publique. Comme cet instrument n'a pas été repris, vu son faible intérêt pratique, dans le nouveau code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0), on ne peut plus l'intégrer dans la nouvelle loi. Par contre, l'*art. 104, al. 2* CPP prévoit que l'on peut reconnaître la qualité de parties aux autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics, en cas de délits relevant de leur domaine. Selon l'*art. 54*, l'OFAE a, dans une procédure pénale, les mêmes droits qu'une partie plaignante. Le ministère public communique à l'OFAE l'*ouverture de toute procédure préliminaire*. Aujourd'hui, l'OFAE peut, certes, faire une dénonciation pénale sans être partie au litige, mais il ne participe pas à la procédure. En tant que partie plaignante, l'Office peut participer à la procédure et faire un recours cantonal, par ex. contre une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement émanant du ministère public cantonal, pour autant qu'il s'agisse de délits selon la LAP. On vise ainsi à garantir, autant que possible, l'uniformité des poursuites pénales lors

de résonance important pour évaluer l'efficacité et les conséquences des mesures prises. Le principe du volontariat, en vigueur dans la milice, se résume à la question d'adhérer ou non à un des organes. Tout adhérent doit ensuite s'attendre à être convoqué, en cas de besoin. Il doit alors assumer les responsabilités qu'on lui impose.

2.8.2 Dispositions organisationnelles (art. 55 à 58)

Le Conseil fédéral édicte les prescriptions d'exécution de la LAP et prend les mesures requises. Il a la compétence d'édicter surtout des préparatifs et des mesures de gestion réglementée (*art. 55, al. 1*). A titre préventif, il peut, dès le stade des préparatifs, déléguer au DEFR ses compétences à légiférer en vertu des *art. 29 à 31* afin d'ordonner des mesures de gestion réglementée (*art. 48, al. 1* de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA; RS 172.010]). Cependant, le Conseil fédéral n'y recourra que dans des cas d'espèces, comme il l'a fait pour libérer les réserves obligatoires (*cf. art. 12* de l'ordonnance du 6 juillet 1983 sur la constitution de réserves; RS 531.211). Lors d'une gestion réglementée, le Conseil fédéral peut en outre autoriser l'OFAE à édicter des prescriptions d'exécution purement techniques ou administratives (*al. 55, al. 3*). Ces possibilités de déléguer permettent de légiférer plus vite lors d'une crise.

Selon l'*art. 55, al. 2*, le Conseil fédéral est tenu de déterminer les différents domaines qui opèrent avec l'OFAE pour exécuter la loi. De plus, en vertu de l'*art. 56, al. 1*, le Conseil fédéral nomme un délégué issu des milieux économiques auquel il confie la direction de l'OFAE et des domaines (*al. 2*). Les domaines constituent la base du système de milice auquel des spécialistes du privé, de la Confédération, des cantons et communes peuvent adhérer (*art. 2, let. b*). Le Conseil fédéral doit non seulement informer la population et les entreprises si la situation s'aggrave, mais aussi formuler des recommandations, contribuant indirectement à garantir l'approvisionnement (*art. 55, al. 4*). Pour les recommandations en vue d'accroître la sécurité de l'approvisionnement, face à une grave pénurie imminente ou survenue, il faut veiller à l'unicité de l'information et à respecter les canaux d'information en place; aussi il faut, en matière de communication, se concerter avec toutes les autorités importantes et les organisations de l'économie privée.

Comme l'AEP est une affaire fédérale, aucune tâche autonome d'approvisionnement n'incombe aux *cantons*. Ils n'ont qu'à exécuter le droit fédéral lors d'une mesure complexe de gestion réglementée impliquant un grand nombre de consommateurs, comme lors d'un rationnement des aliments ou des carburants. Même si cette éventualité est nettement moins plausible que durant la guerre froide, on ne peut l'exclure totalement. Il serait alors indispensable que les cantons et leurs communes soient impliqués dans l'exécution. En effet, seules les communes disposent des données du contrôle de l'habitant. Les cantons doivent donc se préparer au niveau organisationnel à ces tâches d'exécution et édicter les dispositions requises à cet effet (*art. 57, al. 1*). Le Conseil fédéral surveille ces préparatifs (*al. 2*) et agit, le cas échéant, à la place d'un canton défaillant et aux frais de ce dernier (*al. 3*).

Enfin, le Conseil fédéral peut, comme il a été expliqué au point 2.8.1, transférer à des *organisations de l'économie privée* des tâches relevant de cette loi, notamment le contrôle et la surveillance, l'observation du marché et des analyses ainsi que des activités d'exécution, lors des préparatifs et des mesures de gestion réglementée (*art. 58, al. 1, let. a à c*).

Diverses organisations entrent alors en ligne de compte: collectivités, associations, diverses exploitations et entreprises. Les activités de ces organisations sont surveillées par l'OFAE (al. 2). Elles pourront être indemnisées selon les prescriptions du Conseil fédéral, compte tenu de leurs intérêts propres (al. 36).

2.8.3 **Coopération internationale (art. 59)**

De nos jours, les crises ne se cantonnent presque jamais au territoire national mais ont généralement une dimension plus large, parfois mondiale. C'est pourquoi il faut adapter les mesures au contexte international. Dès le stade des préparatifs, la Suisse doit s'informer sur l'évolution de la situation si une crise se profile et sur le type de mesures prises à l'étranger: ainsi la Suisse peut adapter les siennes. Le but est d'éviter d'attirer les consommateurs des pays voisins en libérant unilatéralement des réserves obligatoires sans prendre des mesures d'accompagnement. L'art. 59, al. 1 habilite le Conseil fédéral à *passer des accords internationaux* visant à échanger des informations et à coopérer, à œuvrer dans des organismes internationaux chargés de la sécurité d'approvisionnement ainsi qu'à préparer, lancer et coordonner des mesures pour maîtriser les crises. Le fait que la Suisse soit membre de l'Agence internationale de l'énergie (AIE) depuis 1975 constitue un exemple de réussite à cet égard. Si à l'avenir, la Suisse avait d'autres occasions de signer des contrats multilatéraux ou bilatéraux, elle devrait examiner ces possibilités pour l'approvisionnement, dans son propre intérêt. Si l'on efforce, en s'appuyant sur la LAP, de conclure de nouveaux accords de droit international, il faut les harmoniser avec les projets de coopération en cours. Ainsi, dans le secteur énergétique, la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) coordonne ses activités avec celles des autorités de régulation étrangères (art. 22 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl; RS 734.7) et, en vertu de l'art. 6a de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (RS 730.0), la Confédération encourage une collaboration avec l'étranger pour garantir l'approvisionnement.

Comme il est de plus en plus difficile de maîtriser une grave pénurie en recourant à des mesures strictement nationales, il faut intensifier la coopération et la concertation sur le plan international (cf. points 1.3.6 et 1.5.6). Si la Suisse est membre d'une organisation internationale en charge des crises, elle peut avoir, par solidarité, à prendre des mesures de gestion réglementée, même si les critères de grave pénurie ne sont pas remplis sur son territoire. L'art. 59, al. 2 confère au Conseil fédéral la compétence de prendre, dans ce cas, les mesures visées au chapitre 3, par ex. libérer des réserves obligatoires ou restreindre la consommation. Cette compétence, qui existe dans le droit en vigueur (art. 52 a LAP), avait été ajoutée pour que la Suisse puisse remplir ses éventuels engagements découlant de l'accord du 18 novembre 1974 relatif à un programme international de l'énergie (RS 0.730.1). Le Conseil fédéral n'a usé de cette compétence qu'en 2005, l'ouragan Katrina ayant ravagé le Golfe du Mexique. La Suisse a alors dû apporter une contribution solidaire à l'approvisionnement pétrolier international. Dans un tel cas, il faut veiller à ce que les mesures à prendre aient un impact aussi réduit que possible sur un marché suisse non perturbé.

2.8.4

Suivi de la situation en matière d'approvisionnement et enquêtes statistiques, obligation de garder le secret et obligation de renseigner (art. 60 à 62)

En vertu de l'*art. 60*, le Conseil fédéral est tenu d'observer en permanence la situation pour adapter, si besoin est, le niveau des préparatifs. Si des biens se font rares, s'il observe des tensions politiques ou des faiblesses structurelles, il doit intensifier ses préparatifs. A l'inverse, si la situation se détend ou s'améliore, les préparatifs doivent revenir au stade minimal. Lorsqu'il s'agit de surveiller la situation en matière d'approvisionnement, le Conseil fédéral doit recourir, autant que possible, aux systèmes d'observation en place, ceux de la Confédération et des branches économiques. Par exemple, Elcom observe l'évolution des marchés de l'électricité en vue de garantir l'approvisionnement sur tout le territoire suisse, conformément à l'*art. 22*, al. 3, LApEl. Tout nouveau système de monitoring doit être coordonné avec les instruments en place pour observer la situation, afin d'éviter les doublons. Les organes de l'approvisionnement du pays ont besoin de documents statistiques pour structurer et exécuter les préparatifs puis les mesures de gestion réglementée. Le Conseil fédéral peut ordonner ces enquêtes en vertu de l'*art. 60*.

L'*obligation de garder le secret (art. 61)* a une importance accrue dans l'approvisionnement du pays, vu que les autorités reçoivent de nombreuses informations émanant d'entreprises privées et que les agents de milice et les organisations de l'économie doivent, le cas échéant, travailler sur ces documents. Toutefois l'AEP est tenu, dans ses activités, de sauvegarder la confiance placée dans son organisation. En outre, les préparatifs d'une gestion réglementée doivent surtout rester secrets afin que des initiés n'en tirent pas des avantages sur le marché. Tout organe de l'AEP qui fait parvenir des informations tenues secrètes à des personnes non autorisées se rend coupable de violation du secret de fonction, en vertu de l'*art. 320 CP (RS 311.0)*.

Les autorités compétentes et les organisations appelées à prêter leur concours ont aussi besoin de diverses informations pour exécuter la loi. Elles ont donc un droit à être informées qui leur permet d'exiger des renseignements, d'éplucher les livres, la correspondance et les factures et d'accéder, le cas échéant, aux locaux et terrains (*art. 62, al. 1*). Les indications fausses ou le refus d'informer sont punissables en vertu de l'*art. 48*, mais un refus n'impliquera pas de sanction, vu le droit de refuser de témoigner, dévolu à une partie selon l'*art. 169 CPP (RS 312.0)*, à savoir de s'accuser elle-même d'une infraction (*art. 62, al. 2*). L'Administration fédérale des douanes a un devoir spécifique d'informer du fait que, malgré son devoir de confidentialité, elle doit fournir à l'OFAE, aux domaines, aux organisations chargées des réserves obligatoires et aux organisations de l'économie privée, les justificatifs et données requis pour l'exécution de la loi (*al. 3*).

2.9

Chapitre 9: Dispositions finales et annexes

2.9.1

Dispositions finales (art. 63 et 64)

L'abrogation et la modification du droit en vigueur sont réglées dans l'*annexe 2* (cf. point 2.9.3). C'est le Conseil fédéral qui fixe le moment où la nouvelle LAP entrera en vigueur (*art. 64, al. 2*).

2.9.2

Annexe 1

Dans l'*annexe 1*, on mentionne les dispositions que le Conseil fédéral peut déclarer provisoirement nulles, le cas échéant, en cas de gestion réglementée en vertu de l'*art. 32*. Pour l'instant, il s'agit seulement de la disposition de l'*art. 2*, al. 2 de la loi du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)

Nous renvoyons au point 2.3.4 pour les explications.

2.9.3

Annexe 2

La loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement du pays est abrogée (*ch. I*).

La révision de la loi sur l'approvisionnement du pays et l'abrogation concomitante de l'*art. 61 LAP* actuelle sur la protection d'avoirs impliquent que les arrêtés fédéraux qui y étaient mentionnés ainsi que l'ordonnance d'exécution de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la protection des personnes morales, sociétés de personne et raisons individuelles sont caducs. Lorsque la nouvelle loi entrera en vigueur, le Conseil fédéral abolira donc les actes suivants:

1. *Arrêté du Conseil fédéral du 12 avril 1957 protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles (RS 531.54);*
2. *Ordonnance d'exécution du 12 avril 1957 de l'arrêté du Conseil fédéral protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles (RS 531.541);*
3. *Arrêté du Conseil fédéral du 12 avril 1957 concernant la protection des papiers-valeurs et titres analogues par des mesures conservatoires (RS 531.55).*

L'entrée en vigueur de la nouvelle loi implique qu'il faut modifier diverses autres lois car elles ne concordent pas avec la nouvelle LAP ou bien parce qu'il faut profiter de l'occasion pour liquider d'anciens postulats. Concrètement, cela concerne les actes suivants (*ch. II*):

1. *Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)*

La modification de l'*art. 83*, let. j, est purement formelle. Cette disposition est adaptée à la nouvelle systématique de la loi sur l'approvisionnement du pays, qui retient seulement les graves pénuries, sans faire de distinction entre leurs diverses causes.

2. *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) (RS 642.11)*
et
3. *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) (RS 642.14)*

Par deux motions au libellé identique, on a exigé, le 16 juin 1994, au Conseil des Etats (Mo. Plattner 94.3270) et au Conseil national (Mo. Hubacher 94.3258) de renoncer à introduire - dans le cadre de l'harmonisation fiscale - l'imposition des marins étrangers à bord de navires de haute mer sous pavillon suisse en modifiant l'*art. 5*, al. 1, let. f et l'*art 97 LIFD* ainsi que l'*art. 4*, al. 2, let. f et l'*art. 35*, al. 1, let. h LHID. Avec l'entrée en vi-

gueur de ces deux lois, le 1^{er} janvier 1995, ces marins auraient été imposés à la source, donc au siège de leur compagnie d'armement suisse. Comme les armateurs risquaient de perdre ces marins irremplaçables, ils ont envisagé de changer de pavillon, ce qui aurait sérieusement menacé la flotte suisse de haute mer et donc un pilier important de l'AEP. Le Conseil fédéral s'est donc déclaré prêt à accepter ces motions, transmises sans discussion par les deux chambres (Bulletin officiel S 1994 III 1063 et Bulletin officiel N 1994 IV 2465). Le Conseil fédéral envisageait de reporter cette modification pour l'intégrer dans un projet de loi plus conséquent. L'administration fédérale des contributions a prié, dans un courrier du 5 décembre 1994, les autorités fiscales cantonales de renoncer à imposer à la source les marins étrangers, dans la perspective d'une modification de la loi. Les cantons s'y sont depuis tenus. Ce projet de loi permet de remédier à cette situation, insatisfaisante juridiquement, en modifiant les dispositions citées par des formulations équivalentes.

4. *Loi du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime (LNM) (RS 747.30)*

La loi sur la navigation maritime remonte au début des années 50 du siècle dernier. Vu l'absence de base constitutionnelle, on n'aurait pu alors prendre des mesures de gestion réglementée que dans des circonstances extraordinaires, comme une mobilisation en vue d'une guerre. Avec la nouvelle loi sur la navigation maritime, on voulait toutefois pouvoir, en vertu d'une base légale ordinaire, mettre la main sur des navires suisses - au moment voulu et si besoin était - pour les mettre au service de l'AEP par des réquisitions ou expropriations. Selon cette loi, l'Office suisse de la navigation maritime est compétent en la matière. Mais de nos jours, une mise au service des navires suisses se fait selon les prescriptions de la loi sur l'approvisionnement du pays. En toute logique, une telle mesure entre dans les compétences de l'AEP (*art. 30, al. 1, let. a*) et non plus dans celles de l'Office de la navigation maritime. L'*art. 6, al. 1, let. b* LNM est ainsi caduque et peut être abrogé. Toutefois, cela n'a pas d'impact sur certaines mesures comme l'expropriation qui, selon la *let. a*, servent à sauvegarder la sécurité et la neutralité de la Confédération.

5. *Loi fédérale du 7 octobre 1959 sur le registre des aéronefs (RS 748.217.1)*

En vertu de l'*art. 40, al. 1*, les navires, avions et véhicules pour le financement desquels la Confédération a donné une garantie, bénéficiant d'un droit de disjonction et de gage, devront être *annotés* dans des registres publics, pour autant que ces derniers existent. La loi fédérale sur le registre des aéronefs énumère aujourd'hui, dans son article 5, tous les cas où cette annotation est possible. Toutefois le droit de disjonction et de gage de la Confédération n'est pas mentionné parmi les cas visés aux *let. a à d*, c'est pourquoi il fallait compléter cet article. Avec le changement proposé pour l'*art. 5*, on tient compte de cette exigence.

3 Incidences

3.1 Incidences sur la Confédération

Il n'est pas facile, dans l'optique actuelle, d'évaluer la charge réelle qui résultera de l'exécution de la nouvelle loi. Selon toute probabilité, la charge administrative et financière ainsi que les frais de personnel devraient rester dans un même ordre de grandeur qu'aujourd'hui. Certes, la nouvelle LAP envisage des dépenses supplémentaires pour la Confédération, vu les diverses possibilités d'octroyer des aides financières et indemnités (*art.*

20, 33, 34 et 36). Toutefois on a fixé des limites strictes à ces possibilités, justement lors des préparatifs, car ces aides financières et surtout ces indemnités ne peuvent être accordées que dans un très petit nombre de cas bien spécifiques, à des entreprises d'importance systémique, en vue d'accroître la résistance de leurs systèmes d'approvisionnement vitaux. En outre, même si ces prestations pécuniaires sont envisagées, on devra toujours tenir compte des avantages en découlant pour l'entreprise bénéficiaire, de sorte que la Confédération n'aurait à supporter qu'une partie des coûts. En outre, l'AEP ne prend des mesures qu'à titre subsidiaire. Le nouveau moyen d'action que représente l'obligation de faire des préparatifs n'élargit pas le domaine de compétence de l'AEP par rapport à la réglementation actuellement en vigueur, pas même lors des préparatifs prévus.

On ne peut pas indiquer aujourd'hui le montant des frais que la Confédération devrait assumer pour les coûts non couverts dans le stockage obligatoire, comme le prévoit l'*art.* 20. Mais il ne faut oublier non plus le principe de subsidiarité, selon lequel la Confédération ne peut prendre en charge de tels coûts que si et tant que le marché n'est plus en mesure d'assumer le financement du stockage obligatoire. Ainsi, la priorité va toujours aux autres modèles de financement émanant du secteur privé.

On ne peut guère évaluer les charges incombant à la Confédération lors d'une *gestion réglementée* car le type et l'impact d'une crise d'approvisionnement ne sont pas prévisibles aujourd'hui. Mais comme on pourra désormais intervenir dès qu'une grave pénurie menace, en prenant des mesures peu incisives, les charges financières et les frais de personnel devraient généralement être bien inférieurs à ce qu'ils auraient été jusqu'ici. Le plus souvent, il suffira de mesures ponctuelles pour que l'économie privée puisse à nouveau fournir les prestations attendues en matière d'approvisionnement. En tout cas, on évitera ainsi des interventions ultérieures bien plus coûteuses et plus risquées.

3.2 Impact sur les cantons et communes

La révision de la LAP et les modifications en découlant n'ont, par rapport à la réglementation actuelle, guère d'impact sur les cantons et communes. Les cantons sont impliqués dans la mise en œuvre de mesures prises lors d'une grave pénurie et font les préparatifs requis pour réaliser leurs tâches. Mais la tendance va plutôt vers une moindre charge pour les cantons. La Confédération n'interviendra plus que lors de pénuries très graves qui perdurent, recourant alors à des mesures complexes qui requièrent l'implication des cantons pour leur exécution. On ne peut nier - pas plus qu'auparavant - que, lors d'une gestion réglementée, les organes cantonaux de police et de justice seraient bien plus sollicités en matière de poursuites et jugements pénaux. Cela ne vaut pas seulement pour les cas où les cantons sont directement impliqués dans l'application des mesures, mais aussi lorsque l'exécution relève uniquement de la Confédération.

3.3 Conséquences pour l'économie privée

En cas de grave pénurie, on a prévu, au chapitre 3 du projet de loi, des mesures qui constituent parfois une forte ingérence dans la condition juridique des personnes physiques et morales concernées, car elles visent surtout à limiter leur liberté économique. Les moyens d'action à disposition en cas de crise n'ont toutefois guère changé par rapport à ce qui est formulé dans la LAP actuelle. En cas de gestion réglementée, le projet de loi n'implique

toutefois, pour l'économie privée, pas de charges supplémentaires par rapport à celles de la loi en vigueur. Au contraire, grâce à la nouvelle stratégie de l'approvisionnement du pays, il faut s'attendre à des charges nettement plus faibles lors d'une crise.

A l'avenir, l'AEP devra, dans la perspective de graves pénuries, contribuer de plus en plus à stabiliser, en temps normal, les systèmes et les infrastructures vitaux. On pourra obliger des entreprises à faire certains préparatifs, dès lors qu'elles sont d'une importance cruciale pour l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux. Quelques rares entreprises en position significative sur le marché seront touchées par cette réglementation supplémentaire, dès lors que la collectivité publique ne peut renoncer à leur apport économique. Il ne faut pas oublier, en l'occurrence, que ces mesures sont finalement prises dans l'intérêt même des entreprises concernées. Si une charge financière n'est pas supportable, les prestations peuvent être indemnisées, compte tenu des intérêts de l'exploitant. En outre, la Confédération doit constamment veiller, en prenant ces mesures, à ce qu'il n'y ait pas de distorsion de la concurrence.

4 Programme de la législation

La révision de la loi sur l'approvisionnement du pays a été annoncée dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de législation 2011 à 2015 (FF 2012 349). L'adoption d'un message sur la révision de la LAP est mentionnée, en tant qu'objet des grandes lignes, à l'objectif 2 « L'économie suisse est renforcée par les meilleures conditions générales possibles et poursuit sa croissance » de la directive 1 (FF 2012 406, 473).

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Mandat législatif découlant de l'article 102 Cst.

En vertu de l'art. 102 Cst., la Confédération assure l'approvisionnement du pays en biens et services de première nécessité afin de pouvoir faire face à une menace de guerre, à une autre manifestation de force ou à une grave pénurie à laquelle l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens. Elle prend des mesures préventives et peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique. Grâce à la révision de l'AEP, seule une grave pénurie doit, à l'avenir, servir de critère pour les mesures prises par la Confédération afin de garantir l'approvisionnement du pays (cf. point 1.3.2). On ne fera plus de distinction quant à la cause des problèmes, à savoir des menaces militaires ou hégémoniques d'une part et de graves pénuries dues à des perturbations du marché d'autre part. L'art. 102 Cst. mentionne explicitement les cas de menace d'hégémonie ou de guerre ainsi que de graves pénuries. Pour la réglementation sur l'AEP, peu importe cependant la cause d'une grave pénurie.

L'art. 102 Cst. ne s'oppose pas à une révision de la LAP axée exclusivement sur de graves pénuries. Et ce, d'autant moins qu'en cas de menaces de guerre ou d'hégémonie, il s'agit aussi de prendre des mesures pour contrer leur impact sur l'économie privée, et donc pour endiguer de graves pénuries. S'il devait y avoir des menaces de guerre ou d'hégémonie entraînant un sous-approvisionnement, la loi révisée s'appliquerait aussi. Dans la théorie assez récente, on ne fait plus guère de distinction entre la défense économique du pays et

l'approvisionnement du pays en cas de grave pénurie - surtout lorsqu'on considère la subsidiarité des mesures étatiques par rapport à celles du secteur privé.

5.1.2 Moment d'intervention et mesures envisagées

Par la révision de la LAP, on vise à anticiper le moment où le Conseil fédéral interviendra pour écarter les dangers menaçant notre approvisionnement. Il s'agit notamment de pouvoir ordonner, de façon préventive, des mesures contre une pénurie grave, à savoir dès le moment où cette dernière est imminente mais pas encore survenue (cf. point 2.3.1).

L'art. 102, al. 1 Cst. prévoit expressément que la Confédération prenne des mesures préventives, sans plus préciser quand elle doit le faire. Mais l'objectif d'une mesure préventive est justement qu'on la prenne avant une grave pénurie, au moment où elle se profile. La systématique de l'art. 102, al. 1 Cst. confirme cette interprétation: dans la première phrase, la tâche de la Confédération - garantir l'approvisionnement du pays - est limitée aux biens et services vitaux et à certains scénarios de menace; la deuxième phrase autorise et oblige la Confédération à ordonner des mesures préventives, que ces menaces se soient ou non concrétisées. On devrait plutôt les prendre pour se préparer à de telles situations et éviter des dommages qui adviendraient si une grave pénurie se présentait.

Selon l'art. 5, al. 2 Cst., l'action étatique doit répondre à l'intérêt public et au principe de proportionnalité. La proportionnalité constitue le critère central et la principale limite imposée à la législation sur l'AEP. Garantir l'approvisionnement du pays incombe en premier lieu à l'économie privée. Suivant le principe de subsidiarité, il faut prendre des mesures étatiques seulement si le secteur privé ne peut plus effectuer ses tâches. Les mesures étatiques sont donc disproportionnées si l'économie privée peut elle-même maîtriser les perturbations de l'approvisionnement. Comme ces mesures empiètent souvent sur la liberté économique, il faut vérifier soigneusement, d'une part, si elles sont adaptées et requises ainsi que, d'autre part, si l'objectif d'une intervention est raisonnablement proportionnel à son impact. Cela signifie que les mesures doivent être adaptées pour garantir l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux tout en évitant de graves dommages à l'économie privée. En outre, les mesures prises ne doivent pas dépasser les bornes et l'intérêt de l'objectif à atteindre doit pouvoir justifier les attaques portées à la liberté économique.

Le principe de la proportionnalité est aussi capital lorsque le Conseil fédéral choisit son moment pour intervenir face à une menace de grave pénurie. Plus les mesures préventives de gestion réglementée auront un impact négatif sur la liberté économique, plus le risque d'une grave pénurie, entraînant de graves dégâts économiques, devra se concrétiser.

5.2 Délégation de compétences à légiférer

Selon l'art. 164, al. 2 Cst., une loi fédérale peut prévoir de déléguer la compétence de légiférer, à moins que la Constitution ne l'exclue. Dans ce projet de loi, on confie des compétences au Conseil fédéral pour qu'il édicte des prescriptions sur certains biens et services vitaux afin de maîtriser une pénurie. Tant les préparatifs que les mesures de gestion réglementée peuvent concerner un large cercle de personnes et de nombreuses situations, sans oublier qu'ils empiètent largement sur la liberté économique. Ces prescrip-

Finlande et la Suisse, aucun pays parmi ceux étudiés n'a une autorité centrale qui se consacre exclusivement à garantir l'approvisionnement dans sa globalité, en cas de crise. Dans tous les autres pays, les diverses tâches en matière d'approvisionnement sont réparties entre différentes autorités. Mais, pour résoudre divers problèmes concrets, on trouve des approches similaires qui sont aussi reprises dans ce projet de loi. C'est surtout au niveau des infrastructures clés pour l'approvisionnement (électricité, logistique des transports ou télécommunications) qu'on s'efforce, de plus en plus, d'accroître la capacité de résistance et de régénération des systèmes techniques. Dans plusieurs de ces pays, la fameuse notion de résilience n'est pas seulement appliquée au secteur des infrastructures mais elle est de plus en plus transposée dans des pans entiers de l'économie et de la société: c'est le cas en Finlande, Suède, Grande-Bretagne et aux Etats-Unis.

De nombreux pays ne s'appuient plus, pour leur prévention des crises, sur des scénarios concrets dont ils étudieraient les origines et les liens de causalité complexes, dans l'optique de crises déterminées. Ils s'efforcent plutôt, quelles que soient les causes possibles, de planifier des mesures avec le secteur privé pour réagir de façon opportune à chaque type de crise. Dans la plupart de ces pays, ce secteur participe activement à garantir l'approvisionnement et l'Etat recourt aux compétences et services des représentants des secteurs économiques concernés, tant pour prévenir que pour maîtriser des crises. De pair avec les organes étatiques, ils analysent les risques, développent des stratégies, projets et plans d'urgence concrets, qu'ils mettront en œuvre lors d'une crise. La constitution de stocks dirigée par l'Etat constitue toujours un élément central pour garantir les biens vitaux. Les réserves les plus courantes concernent les énergies fossiles et aussi certains aliments de base.

Depuis la fin des années 1960, la Communauté économique européenne - devenue Union européenne - a procédé à une prévention coordonnée de ses membres pour éviter des *pénuries de pétrole*. Par la directive 68/414/CEE, les pays membres sont tenus de constituer des réserves stratégiques de pétrole. Depuis, la constitution de stock a été élargie par d'autres directives. La directive 2006/67/CE oblige chaque pays membre de l'UE à détenir des stocks de produits pétroliers dont le volume doit au moins correspondre à sa consommation moyenne intérieure pendant 90 jours, calculée sur l'année précédente. Les pays membres peuvent déléguer partiellement ou entièrement ce stockage à des collectivités privées. Un pays membre peut en outre faire détenir ses réserves stratégiques par un autre. Toutefois les pays membres de l'UE doivent faire surveiller leurs réserves par les autorités et donc assumer le contrôle du stockage. Par le règlement (UE) n° 994/2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel, l'UE a étoffé ses bases juridiques et moyens d'action à cet effet. Ce règlement vise à garantir le ravitaillement en gaz naturel, en veillant tant à des mesures préventives qu'à une réaction coordonnée face à un approvisionnement perturbé et en assurant que le marché intérieur du gaz naturel fonctionne bien et sans discontinuité. On fixe, par exemple, le cercle de clients dont le ravitaillement en gaz naturel doit être protégé et on détermine les normes communes en matière d'infrastructure et d'approvisionnement. Ce règlement prévoit aussi une évaluation des risques et contient des plans de prévention et d'urgence.

Les instruments et mesures pour prévenir les crises relèvent de la compétence nationale en ce qui concerne les *pénuries d'électricité*. Certains engagements relevant du droit européen découlent certes de la directive 2003/54/CE sur le marché intérieur de l'électricité. Toutefois, il s'agit exclusivement de réglementations destinées aux exploitants du réseau pour qu'ils assurent la stabilité à long terme des réseaux, grâce à des mesures techniques

conformes au marché. Cependant, il ne s'agit pas de mesures étatiques pour prévenir les crises, face à une pénurie imminente d'électricité ne pouvant être maîtrisée par les mécanismes réguliers du marché et exigeant donc l'intervention de l'Etat. La directive UE 2005/89/CE prescrit des mesures pour garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité en investissant dans les infrastructures. Mais là aussi, il s'agit de garantir le fonctionnement des réseaux et de sauvegarder à long terme l'équilibre entre l'offre et la demande, dans le cadre d'un marché électrique non perturbé. Il n'existe pas, à l'échelle européenne, de réglementation pour prévenir les crises, par ex. en préparant des mesures étatiques pour gérer l'électricité de façon réglementée.

L'Union européenne se préoccupe toutefois de la question, mais dans un contexte élargi: elle veut *accroître la résistance ou la résilience* des réseaux d'approvisionnement en électricité et d'autres infrastructures importantes. Comme les réseaux électriques font partie des infrastructures dites critiques, ils sont directement concernés par les travaux analytiques effectués à l'échelle européenne dans le cadre du Programme européen de protection des infrastructures critiques (PEPIC). Le PEPIC présente un cadre supranational pour les mesures visant à protéger les infrastructures critiques à l'échelle de l'UE. Il s'intéresse toutefois moins aux questions de garantir l'approvisionnement qu'à la perspective de protéger des bâtiments ou installations. Après les attentats terroristes à Madrid en mars 2004, le Conseil européen a chargé, en juin 2004, la commission d'élaborer une stratégie détaillée sur la protection des infrastructures critiques à l'échelle européenne. Cela concerne notamment les infrastructures de transport et de logistique. En décembre 2008, le Conseil a édicté la directive correspondante 2008/114/CE. Les menaces qui préoccupent le PEPIC ne se limitent pas au terrorisme, mais comprennent tous les risques et dangers comme les actes criminels, les catastrophes naturelles et d'autres événements générant des crises. Toutefois, il s'agit surtout de protéger des bâtiments ou installations et moins de garantir l'approvisionnement.

Garantir l'*approvisionnement alimentaire* dans l'optique d'une crise incombe aux divers pays membres de l'UE. Mais, dans ce secteur, il n'y a pas de coopération à l'échelle européenne et la Commission n'a pas non plus émis de recommandation pour prévenir les crises. Toutefois, l'UE oblige les pays membres qui ont constitué des réserves stratégiques étatiques à effectuer leurs achats et ventes de façon à ne pas impacter par ex. les prix sur les marchés européens. Il n'est pas non plus permis de puiser dans ces réserves pour stabiliser les prix au niveau national.

5.4.2 Engagements internationaux

Il faut tenir compte des engagements juridiques multilatéraux passés par la Suisse avec l'AIE en matière d'AEP et contenus dans l'Accord du 18 novembre 1974 relatif à un programme international de l'énergie (RS 0.730.1). Il n'est toutefois pas exclu qu'à l'avenir, on passe dans d'autres secteurs des accords internationaux analogues pour garantir l'approvisionnement avec des obligations correspondantes (cf. point 2.8.3). En outre, la Suisse doit, en préparant sa loi fédérale sur l'AEP, tenir compte de ses engagements de droit commercial pris envers l'OMC et ses partenaires de libre-échange, notamment l'UE - surtout si le financement des réserves obligatoires se fait par des droits de douanes - (cf. point 2.2.3).

Vu les accords bilatéraux sur la coopération en matière d'AEP, passés entre la Suisse et le Liechtenstein, sur la base du traité du 29 mars 1923 entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la réunion de la Principauté de Liechtenstein au territoire douanier suisse (annexe 2; RS 0.631.112.514), le Liechtenstein s'est engagé, en 1939, à appliquer directement - à quelques exceptions près - la législation suisse en matière d'approvisionnement du pays. Il en va de même pour l'enclave allemande de Büsingen, en vertu du Traité du 23 novembre 1964 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne sur l'inclusion de la commune de Büsingen am Hochrhein dans le territoire douanier suisse (art. 2, al. 1, let. e; RS 0.631.112.136). Par cet accord, la Suisse s'est engagée envers la République fédérale d'Allemagne à ravitailler les habitants de l'enclave de Büsingen lors d'une crise. En outre, la Suisse s'est volontairement engagée, par le passé, à approvisionner les habitants de l'enclave Campione d'Italia en cas de crise, en vertu du droit coutumier, cette enclave devant alors être traitée comme une commune tessinoise. Cela présuppose que Campione devrait, lui aussi, appliquer la législation sur l'approvisionnement du pays, lors d'une gestion réglementée.