

Office fédéral de la justice

**Evolution de la pratique adoptée par le Conseil fédéral et
l'Assemblée fédérale, depuis 2003, en matière de référen-
dum facultatif des traités internationaux**

29 août 2014

1 Situation initiale

1.1 Situation avant la révision totale de la Constitution

Les premières dispositions constitutionnelles soumettant les traités internationaux au référendum datent de 1921. Elles ont été introduites dans la Constitution fédérale de 1874 (aCst.) après l'acceptation d'une initiative populaire qui visait l'institution d'un référendum facultatif pour les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans¹.

Ces dispositions ont été révisées de manière approfondie en 1977, afin d'étendre le champ d'application du référendum facultatif aux traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (art. 89, al. 3, let. a, aCst.), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (art. 89, al. 3, let. b, aCst.) ou qui entraînent une unification multilatérale du droit (art. 89, al. 3, let. c, aCst.). La révision avait en outre introduit une disposition prévoyant que d'autres traités pouvaient être sujets à référendum par décision des deux Conseils (89, al. 4, aCst.) et l'obligation de soumettre au référendum l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales (art. 89, al. 5, aCst.)².

1.2 Révision totale de la Constitution

Lors de la révision totale de la Constitution, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'il existait un besoin de réforme dans le domaine du référendum facultatif en matière internationale dans la mesure où les citoyens ne pouvaient pas s'exprimer sur la conclusion de nombreux traités importants, ce qui n'était pas satisfaisant d'un point de vue démocratique³. Il a estimé qu'une extension du champ d'application de ce référendum se justifiait de sorte que tous les traités internationaux importants y soient soumis⁴.

Il a donc proposé, dans son message du 20 novembre 1996, relatif à une nouvelle Constitution fédérale, de maintenir les dispositions relatives à l'unification multilatérale du droit (art. 89, al. 3, let. c, aCst.) et de les compléter par des dispositions déclarant « *sujets au référendum les traités internationaux dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux particuliers* »⁵. Les Commissions de la révision constitutionnelle des deux Conseils s'étaient penchées sur les différentes modifications proposées, mais le projet a été rejeté par l'Assemblée fédérale lors du débat d'entrée en matière mené en 1999, en raison notamment du fait qu'il prévoyait de lier l'introduction des nouveaux instruments à une augmenta-

1 FF 1974 II 1134 ss, avec une présentation détaillée de leur genèse.

2 Arrêté fédéral du 5 mai 1977, RO 1977 807, FF 1977 II 199.

3 Voir le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 477.

4 *Ibid.*, FF 1997 I 1, p. 478.

5 *Ibid.*, FF 1997 I 1, p. 480.

tion du nombre de signatures nécessaires⁶. L'art. 141, al. 1, let. d, de la nouvelle Constitution correspondait donc à l'art. 89, al. 3, de l'ancienne Constitution: Sont soumis au référendum facultatif les traités internationaux qui:

- «1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables;
2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale;
3. entraînent une unification multilatérale du droit.»

L'art. 141, al. 2, de la nouvelle constitution prévoyait en outre que l'Assemblée fédérale pouvait soumettre d'autres traités internationaux au référendum facultatif.

1.3 Modification de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

Le 30 août 1999, le Conseil des Etats a décidé de donner suite à l'initiative parlementaire (99.436)⁷ déposée par sa Commission de la révision constitutionnelle et visant à ce que certaines des propositions du Conseil fédéral formulées lors de la révision totale de la Constitution soient reprises dans un nouveau texte, afin notamment de supprimer les carences en matière de droits populaires. S'agissant du référendum facultatif en matière de droit international, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E), dans son rapport du 2 avril 2001, proposait d'aller encore plus loin en prévoyant que soient soumis au référendum facultatif « *les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes qui fixent des règles de droit ou qui requièrent l'adoption de lois fédérales* »⁸.

L'argument principal sous-tendant cette réforme était que les textes normatifs internationaux devaient être soumis à référendum dans la même mesure que la législation nationale. A l'instar de ce qui était prévu pour la législation nationale à l'art. 164, al. 1, Cst., seuls les traités contenant des dispositions importantes qui fixent des règles de droit devaient être soumis à référendum⁹. En d'autres termes, les droits populaires devaient pouvoir être actionnés de la même manière en matière de traités internationaux et de législation interne (parallélisme), l'important étant le contenu normatif et non la forme (loi ou traité international): « *ce qui, au niveau national, est important et doit donc être édicté sous la forme d'une loi sujette à référendum (art. 164 Cst.) est également important dans le cas d'un traité international, qui est donc lui aussi sujet au référendum facultatif (art. 141 Cst.)* »¹⁰.

Dans sa prise de position du 15 juin 2001¹¹, le Conseil fédéral a salué cette proposition de révision des droits populaires. Il a toutefois constaté, en ce qui concernait le

⁶ Voir le rapport du 2 avril 2001, de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats concernant l'initiative parlementaire 99.436 : Suppression de carences dans les droits populaires, FF **2001** 4590, p. 4591.

⁷ 99.436 Initiative parlementaire (Commission 96.091 CE), Suppression de carences dans les droits populaires.

⁸ Rapport du 2 avril 2001, de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats concernant l'initiative parlementaire 99.436 : Suppression de carences dans les droits populaires, FF **2001** 4590, p. 4624.

⁹ *Ibid.*, FF **2001** 4590, p. 4613.

¹⁰ Développement de la motion de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 22 avril 2004 « Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales » (04.3203).

¹¹ Avis du Conseil fédéral du 15 juin 2001 relatif à l'initiative parlementaire 99.436 (Commission 96.091 CE), Suppression de carences dans les droits populaires, FF 2001 5783.

référendum facultatif en matière de traités internationaux, que le projet allait plus loin que ce qu'il avait lui-même proposé lors de la révision totale de la Constitution dans la mesure où le projet visait à étendre le référendum à tous les traités internationaux importants et pas uniquement aux « *traités dont la mise en œuvre nécessitait l'édiction de lois fédérales conférant des droits ou imposant des obligations aux particuliers* ». Il a soulevé la question de savoir ce qu'il fallait entendre par « *traités internationaux importants* ». Il a relevé en outre que, selon le projet, les traités qui ne réglaient que l'organisation ou les tâches des autorités pourraient également être soumis au référendum. Dans le cadre des délibérations des Commissions de la révision constitutionnelle, le Conseil fédéral avait déjà combattu l'idée d'un tel élargissement, considérant qu'avec une telle disposition, d'innombrables traités qui n'engagent que les Etats parties sans toucher directement les particuliers seraient soumis à référendum. Or, il estimait que le peuple ne devait avoir son mot à dire que lorsque la mise en œuvre d'un traité influait sur les droits des particuliers¹². Le Conseil fédéral a donc maintenu qu'à son avis, seuls devaient être soumis au référendum les traités dont la mise en œuvre nécessite des modifications de lois qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux particuliers. Il a d'abord soutenu que sa proposition de 1996 restait la solution idéale et a proposé d'en reprendre la formulation¹³. Il a toutefois renoncé à maintenir sa position lors des débats au Parlement¹⁴.

Au Conseil des Etats, la formulation du texte a été modifiée de manière à prévoir que soient soumis au référendum facultatif « *les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales* ». Au Conseil national, aucune voix ne s'est élevée pour contester la réforme concernant le référendum en matière de traités internationaux¹⁵.

Le 8 février 2003¹⁶, le peuple et les cantons ont approuvé la réforme. Le nouvel art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. est entré en vigueur le 1er août 2003¹⁷. Sont désormais sujets au référendum « *les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales* ». Le critère de l'unification multilatérale du droit a donc été supprimé. La possibilité qu'avait l'Assemblée fédérale de soumettre d'autres traités internationaux au référendum facultatif a elle aussi été supprimée.

¹² Rapport du 2 avril 2001, de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats concernant l'initiative parlementaire 99.436 : Suppression de carences dans les droits populaires, FF **2001** 4590, p. 4613.

¹³ Avis du Conseil fédéral du 15 juin 2001 relatif à l'initiative parlementaire 99.436 (Commission 96.091 CE), Suppression de carences dans les droits populaires, FF **2001** 5783, p. 5795.

¹⁴ BO 2001 E 501 et BO 2002 N 420

¹⁵ Note de synthèse, 99.436 Initiative populaire « Suppression de carences dans les droits populaires », http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=19990436

¹⁶ FF **2003** 2784.

¹⁷ RO 2003 1953.

2 Mise en place d'une pratique contestée

2.1 Note de discussion du 5 septembre 2003 du DFJP et décision du Conseil fédéral du 10 septembre 2003

Le 5 septembre 2003, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a remis au Conseil fédéral une note de discussion dont l'objectif était de fixer les bases nécessaires pour la pratique du recours au nouveau référendum en matière de traités internationaux.

Cette note soulignait que des questions d'interprétation se posaient surtout en ce qui concernait l'expression « *contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit* ».

Après avoir analysé le but de la norme, sa genèse et son contexte normatif, la note proposait de se fonder sur la réglementation de l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement (LParl)¹⁸ pour déterminer si un traité contenait des dispositions fixant des règles de droit, l'importance de ces dispositions étant ensuite évaluée à l'aune des critères de l'art. 164, al. 1, Cst.

La note arrivait à la conclusion que, parmi les traités en cours d'examen au Parlement, la convention de double imposition avec Israël et l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Chili, en particulier, contenaient des dispositions fixant des règles de droit qui, si on appliquait la méthode d'interprétation proposée, devaient être considérées comme importantes. Le DFJP recommandait donc de soumettre ces accords au référendum facultatif.

Par décision du 10 septembre 2003, le Conseil fédéral a pris connaissance de la note de discussion du DFJP. Il a décidé que le DFJP et le DFAE informeraient les offices intéressés et services parlementaires sur la pratique relative à la mise en œuvre de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. Il a demandé en outre à ce que les messages relatifs aux traités internationaux expliquent si et pourquoi le traité est sujet au référendum facultatif, les explications à ce propos devant permettre de développer une pratique claire. Le Conseil fédéral demandait par ailleurs que l'Assemblée fédérale habilite le gouvernement à conclure lui-même des « accords standards », par l'introduction de dispositions à cet effet dans des lois spéciales. Il a enfin demandé aux départements concernés de vérifier, en accord avec le DFJP et le DFAE, que les projets pendants devant le Parlement contiennent les informations demandées.

2.2 Messages relatifs à la convention de double imposition avec Israël et l'accord de libre-échange avec le Chili

Dans sa prise de position du 25 juillet 2003, concernant l'adoption du message relatif à la convention de double imposition conclue le 2 juillet 2003 avec Israël, l'OFJ maintenait que la convention contenait des dispositions importantes fixant des règles de droit et devait donc être soumise au référendum facultatif.

Dans son message du 19 septembre 2003 concernant une Convention de double imposition avec Israël¹⁹, le Conseil fédéral a certes constaté que cette convention

¹⁸ Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10.

¹⁹ FF 2003 5903.

contenait clairement des dispositions fixant des règles de droit mais il a relevé qu'elle suivait la politique suisse en matière d'imposition. Il en a conclu qu'elle ne contenait aucune disposition importante fixant des règles de droit au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. et que sa mise en œuvre ne requerrait pas l'adoption d'une loi fédérale.

De la même manière, dans son message du 19 septembre 2003 concernant l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Chili ainsi que l'accord agricole entre la Suisse et le Chili²⁰, le Conseil fédéral a constaté que certes, les accords contenaient plusieurs dispositions fixant des règles de droit mais que ces dispositions pouvaient être mises en œuvre par voie d'ordonnance et qu'elles n'étaient pas fondamentales au point de devoir être qualifiées d'importantes et d'être sujettes au référendum en matière de traités internationaux. Il a ajouté que les accords prévus n'allaient pas au-delà des engagements que la Suisse avait déjà pris dans des accords antérieurs.

Dans les deux messages, le Conseil fédéral a conclu que les arrêtés fédéraux proposés au Parlement pour approbation n'étaient pas sujets au référendum facultatif selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

Les deux messages précisaient en outre qu'« *afin de se doter d'une pratique cohérente en ce qui concerne le ch. 3 récemment introduit dans l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., et d'éviter que ne soient soumis de façon répétée au référendum des accords similaires, le Conseil fédéral accompagnerait désormais les accords qu'il soumettrait au Parlement de la proposition de ne pas les soumettre au référendum facultatif en matière de traités internationaux si, comparés aux traités déjà conclus, ces accords n'entraînaient pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse* »²¹.

Pour le Conseil fédéral, les dispositions fixant des règles de droit ne devaient donc être considérées comme importantes que si elles créaient des engagements nouveaux pour la Suisse, c'est à dire des engagements qui ne figuraient pas déjà dans d'autres traités conclus par la Suisse avec d'autres Etats.

L'Assemblée fédérale a adopté cette façon de procéder²². Une minorité de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats était toutefois d'avis que la convention avec Israël devait être soumise au référendum facultatif²³. Elle faisait valoir que les dispositions de la convention de double-imposition étaient importantes au sens de l'art. 164 Cst. et que ce qui était important au sens de l'art. 164 Cst. était également important au sens de l'art. 141 Cst. Pour le Conseiller fédéral Kaspar Villiger, en revanche, l'art. 141 Cst. laissait une marge de manœuvre en ce qui concernait la question de savoir ce qui était important ou ne l'était pas²⁴. Il a constaté que le présent accord n'allait pas au-delà des engagements que la Suisse avait déjà pris dans des accords antérieurs. Si un accord de double-imposition devait, dans le futur, imposer de nouvelles obligations ou des obligations supplémentaires à la

²⁰ FF 2003 6517.

²¹ FF 2003 5910 et FF 2003 6539.

²² Arrêté fédéral du 11 décembre 2003 concernant l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République du Chili ainsi que l'accord agricole entre la Confédération suisse et la République du Chili. RO 2005 787. Arrêté fédéral du 17 décembre 2003 approuvant une Convention de double imposition avec l'Etat d'Israël. RO 2004 1041.

²³ BO 2003 E 1044.

²⁴ BO 2003 E 1046.

Suisse, il remplirait, selon le Conseil fédéral, le critère des dispositions importantes fixant des règles de droit et devrait être sujet au référendum facultatif²⁵.

Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ont donc considéré que les dispositions de traités qui ne créaient pas pour l'essentiel d'obligations plus étendues qu'un grand nombre de traités semblables que la Suisse avait déjà conclus n'étaient pas importantes. L'expression d' « accords standards » s'est imposée pour les désigner.

2.3 Avis de l'OFJ du 6 janvier 2004 et échanges de vues avec les Commissions parlementaires compétentes

Suite à l'examen de cette question par le Conseil fédéral, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a rédigé, en janvier 2004, un avis de droit portant sur diverses questions de droit constitutionnel en relation avec les traités internationaux ainsi que sur la pratique récente du recours au référendum pour les traités internationaux²⁶.

L'OFJ a notamment rappelé ce qui devait être entendu, à son avis, par « *dispositions importantes fixant des règles de droit* » : les « *dispositions fixant des règles de droit* » étaient les dispositions qui, selon l'art. 22, al. 4, LParl, étaient générales et abstraites d'application directe qui créaient des obligations, conféraient des droits ou attribuaient des compétences; les « *dispositions importantes* » étaient celles qui, selon l'art. 164, al. 1, Cst. devaient être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La question décisive à résoudre était celle de savoir si, en fonction de leur contenu normatif, les dispositions des accords internationaux concernés devraient, si elles devaient être adoptées sur le plan national, être édictées sous la forme d'une loi au sens formel. Une telle exigence permettait de tenir compte du principe du parallélisme des instruments de participation relevant de la démocratie directe dans le processus législatif et ce, indépendamment de la forme de l'acte. Cette exigence impliquait également que les normes que le Conseil fédéral pourrait adopter par voie d'ordonnance en se fondant sur sa compétence d'exécution (art. 182 Cst.) ne sauraient justifier ou même exiger un recours au référendum facultatif en matière de traités internationaux.

L'OFJ a relevé que le Conseil fédéral avait pris position concernant la mise en œuvre de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. à l'occasion du message du 19 septembre 2003 concernant une Convention de double imposition avec Israël²⁷ (cf. ch. 2.2). Le Conseil fédéral avait toutefois estimé que les deux conditions posées par la nouvelle disposition constitutionnelle étaient remplies dans le cas de l'accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la procédure simplifiée d'extradition et complétant la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957. Dans son message²⁸, le Conseil fédéral a estimé que l'accord contenait des dispositions fixant des règles de droit, que celles-ci devaient, en outre, être considérées comme importantes dans la mesure où, si elles devaient être édictées sur

²⁵ BO 2003 E 1046, voir également BO 2003 N 2045.

²⁶ Gutachten des Bundesamt für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, JAAC 68.83.

²⁷ FF 2003 5903.

²⁸ Message du 19 septembre 2003 concernant l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la procédure simplifiée d'extradition et complétant la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, FF 2003 6495.

le plan national, elles ne pourraient l'être que sous la forme d'une loi au sens formel, conformément à l'art. 164, al. 1, let. b et c, Cst. Il en a conclu que l'arrêté d'approbation de l'Accord relatif à la procédure simplifiée d'extradition était sujet au référendum en matière de traités internationaux en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. L'OFJ a constaté qu'il y avait eu, par ailleurs, d'autres cas de mise en œuvre de la disposition constitutionnelle et que certains traités avaient été soumis au référendum facultatif et d'autres pas.

Cet avis de droit de l'OFJ a servi de base aux discussions qui ont pu être menées avec les Commissions de politique extérieure et les Commissions des institutions politiques des deux Conseils. La Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères a également participé à cet échange de vues, qui a eu lieu en janvier et février 2004. Ces discussions sont à l'origine d'une motion de la Commission des institutions politiques du Conseil national (cf. ch. 2.4. ci-après).

2.4 Motion 04.3203 de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) du 22 avril 2004

Le 22 avril 2004, la CIP-N a déposé une motion par laquelle elle invitait le Conseil fédéral « à interpréter et à appliquer l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3, de la Constitution fédérale (Cst.) conformément à ce qui avait été défini lors des travaux préparatoires pour l'élaboration de cette disposition constitutionnelle:

1. *Dans les traités internationaux, les dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 141 Cst. sont celles qui, en droit national, entrent dans la catégorie des dispositions importantes selon l'art. 164 Cst.*
2. *Les principes qui régissent la délégation des compétences au Conseil fédéral en matière de règles de droit nationales sont également applicables aux traités internationaux »²⁹.*

La CIP-N expliquait que la teneur et la genèse de l'art. 141, al.1, let. d, ch. 3, Cst. démontraient clairement que des règles identiques devaient s'appliquer aux lois nationales et aux traités internationaux. Elle a constaté qu'à la session d'hiver 2003, l'Assemblée fédérale avait cependant suivi par deux fois la proposition du Conseil fédéral de ne pas soumettre au référendum un traité comportant des dispositions importantes fixant des règles de droit (convention en matière de double imposition avec Israël, à l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Chili et à l'accord agricole entre la Suisse et le Chili) : « *Le Conseil fédéral a motivé sa proposition en expliquant que par le passé, nombre de traités comparables n'avaient pas non plus été soumis au référendum. Si l'Assemblée fédérale s'est ralliée à cette proposition, c'est sans doute en grande partie parce qu'il s'agissait d'objets courants, et ne donnant pas lieu à controverse politique. Si cette procédure est à première vue compréhensible, force est de constater, à y regarder de plus près, qu'elle crée un dangereux précédent en transgressant la conception suisse des droits populaires sur un point essentiel: l'exercice des droits populaires obéit à des règles strictes et ne doit pas être laissé à l'appréciation des autorités. Or, estimer qu'un*

²⁹ 04.3203 - Mo. Conseil national (CIP-N). Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales.

projet pourrait être ou non contesté par le peuple constitue par nature une question d'appréciation »³⁰. Par sa motion, la Commission souhaitait amener le Conseil fédéral à appliquer rigoureusement, dans ses futurs messages concernant des traités internationaux, les règles strictes mentionnées.

Dans son avis du 1er septembre 2004, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion. Il a indiqué qu'il souscrivait, sur le principe, à l'interprétation de la CIP-N. Toutefois, il a précisé que, compte tenu de l'issue des débats parlementaires sur les deux accords précédemment mentionnés avec Israël et le Chili, il « *ne proposera plus, désormais, que soient soumis au référendum facultatif en matière de traités internationaux des conventions ou des accords ayant le même objet et la même teneur que ceux susmentionnés ainsi qu'une portée politique, juridique et économique équivalente, comme du reste une majorité d'instruments internationaux que la Suisse a déjà conclus sans les soumettre au référendum facultatif* ». De tels traités n'entreraient pas, selon le Conseil fédéral, dans la catégorie des dispositions importantes au sens de l'art. 164 Cst.

Le Conseil national a adopté la motion le 8 octobre 2004 sans opposition ni débat.

Le 15 juin 2005, le Conseil des Etats a adopté la motion mais en modifiant le ch. 1, de manière à préciser qu'il était d'accord avec l'interprétation du Conseil fédéral : « *Dans les traités internationaux, les dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 141 Cst. sont celles qui en droit national entrent dans la catégorie des dispositions importantes selon l'article 164 Cst. Ne sont pas considérées comme importantes les dispositions qui ne prévoient aucune obligation supplémentaire importante par rapport à un accord existant* »³¹.

Le 6 octobre 2005, le Conseil national a adhéré à cette modification du texte de la motion. Il a suivi sa commission qui a estimé que la précision apportée par le Conseil des Etats était justifiée. Cette interprétation de l'art. 141 Cst. correspondait à la pratique adoptée depuis l'entrée en vigueur de cette disposition constitutionnelle. La CIP-N a expliqué que, même si la modification ne correspondait pas à ce qu'elle avait proposé, il fallait éviter qu'une modification d'un aspect secondaire de la motion ne fasse échouer l'ensemble du texte et empêche une clarification de la disposition constitutionnelle³². Lors des débats en plénum, il a toutefois été relevé que la question de savoir ce qui devait être considéré comme important restait ouverte³³.

2.5 Rapport de l'OFJ du 11 janvier 2005

Dans le cadre de l'examen de la motion CIP-N 04.3203, l'OFJ a été invité par le Conseil fédéral à examiner la pratique qui s'est mise en place s'agissant de la nouvelle disposition constitutionnelle. Il a rendu public les résultats de cet examen dans un rapport du 11 janvier 2005³⁴.

³⁰ Ibid.

³¹ Mo. Conseil national (CIP-N). Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 28 avril 2005.

³² 04.3203 - Mo. Conseil national (CIP-N). Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 9 septembre 2005.

³³ BO 2005 N 1462.

³⁴ Bericht des Bundesamtes für Justiz, Stand 11. Januar 2005, JAAC 69.75.

Dans ce rapport, l'OFJ a constaté que jusque-là l'Assemblée fédérale s'était toujours ralliée au Conseil fédéral s'agissant de la question de savoir si un traité devait, ou non, être sujet au référendum facultatif. L'OFJ a constaté que des voix s'étaient néanmoins élevées pour critiquer le manque d'unité qui caractérisait la pratique du Conseil fédéral et pour exiger, du moins implicitement, une intervention législative susceptible de clarifier la norme constitutionnelle.

L'OFJ a constaté par ailleurs que :

- L'opinion pouvait être considérée comme établie, au sein de l'administration fédérale, que le recours au référendum en matière de traités internationaux devait se conformer aux dispositions de l'art. 22, al. 4, LParl et de l'art. 164, al. 1, Cst.
- La question de savoir s'il était nécessaire, pour l'application d'un traité international, d'édicter ou de modifier des lois fédérales n'avait jamais véritablement posé un problème.
- Les offices et les départements responsables, ainsi que le Conseil fédéral, adoptaient cependant souvent des positions défensives et semblaient tentés d'éviter de soumettre les accords au référendum. En revanche, certaines interventions durant les débats parlementaires semblaient indiquer que l'Assemblée fédérale préférerait appliquer le principe *in dubio pro référendum*.
- La densité des commentaires et le détail des arguments qu'avancait le Conseil fédéral variaient fortement d'un message à l'autre.
- Le Conseil fédéral a été moins clair, dans ses explications au Parlement, sur la question de savoir si l'évaluation de l'importance devait se fonder à chaque fois uniquement sur des dispositions isolées ou au contraire sur l'ensemble d'un traité. Compte tenu de la pratique développée par l'Assemblée fédérale s'agissant de l'unification multilatérale du droit, il fallait considérer, dans le doute, qu'une seule disposition (si tant est qu'elle est importante et qu'elle fixe des règles de droit) d'un traité international peut suffire pour que celui-ci soit sujet au référendum facultatif en matière de traités internationaux.
- Il n'était pas encore définitivement établi, au sein de l'administration fédérale, si un traité devait être considéré comme contenant des dispositions importantes fixant des règles de droit lorsqu'il prévoit des réglementations que le Conseil fédéral pourrait introduire par voie d'ordonnance en se basant sur une norme de délégation figurant dans une loi au sens formel.
- La notion controversée d' « accord standard », qui avait fait l'objet de discussions au sein de l'administration, a été définie par le Conseil fédéral comme une catégorie de traités internationaux pour lesquels des dispositions adéquates devaient être créées le plus rapidement possible dans une loi au sens formel pour déléguer explicitement au Conseil fédéral la compétence de conclure ces traités. Ce type d'accords a cependant nourri la suspicion des Chambres fédérales à l'égard d'un Conseil fédéral qui se laisserait guider, dans la question du référendum, par des aspects politiques et pratiques plutôt que par des considérations juridiques.

L'OFJ a estimé que :

- Il n'était pas nécessaire d'intervenir sur le plan législatif pour concrétiser la norme constitutionnelle. La notion d'importance telle qu'elle était utilisée dans la Constitution était une notion juridique dont la concrétisation et l'application dans un cas donné impliquaient nécessairement une appréciation de nature politique. La tentative de développer des critères supplémentaires généraux d'évaluation de l'importance des traités internationaux lui paraissait donc peu productive.
- Des interventions législatives seraient toutefois nécessaires si des normes de délégation donnant au Conseil fédéral la compétence de conclure lui-même des traités internationaux devaient être créées dans tous les domaines où étaient régulièrement conclus un grand nombre d'accords de même teneur.

L'OFJ a enfin établi une liste de mesures avec lesquelles l'argumentation et les explications des messages du Conseil fédéral sur cette question seraient améliorées.

Ce rapport a été transmis aux Commissions de politique extérieure et aux Commissions des institutions politiques des deux Conseils, par lettre du 17 mars 2005, ainsi qu'à tous les secrétariats généraux, à tous les offices et à la Chancellerie fédérale, par lettre du 22 mars 2005.

2.6 Initiative parlementaire « Politique extérieure. Vers plus de démocratie grâce à une extension du référendum en matière de traités internationaux »

Le 17 juin 2005, le groupe UDC a déposé l'initiative parlementaire « *Politique extérieure. Vers plus de démocratie grâce à une extension du référendum en matière de traités internationaux* » (05.426). Il y demandait l'abrogation de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst. et l'ajout d'une let. d à l'art. 140, al. 1, afin de soumettre au vote du peuple et des cantons les traités internationaux qui « *1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables; 2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale; 3. contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit, dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ou pouvant avoir d'autres effets sur la souveraineté et l'indépendance de la Suisse ou sur les droits populaires* ».

Le groupe UDC demandait que le peuple et les cantons puissent voter sur tous les traités, accords, conventions et programmes internationaux importants, estimant qu'ils affectent ou restreignent presque toujours la souveraineté et l'indépendance de la Suisse ainsi que les droits du peuple.

La CIP-N a proposé de ne pas donner suite à l'initiative et a été suivie par le Conseil national le 6 mars 2007. La majorité des conseillers nationaux a estimé qu'il n'était pas nécessaire de modifier une nouvelle fois les dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, que l'initiative mettait à mal le principe du parallélisme entre droit national et droit international qui venait à peine d'être mis en œuvre et qu'elle donnerait lieu chaque année à une dizaine de votations supplémentaires sur des sujets peu controversés³⁵.

35 BO 2007 N 54.

2.7

Maintien de la pratique pour la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie

En 2007, le Conseil fédéral a toutefois confirmé sa pratique dans son message relatif à l'approbation de la convention de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie³⁶ : « Afin de se doter d'une pratique cohérente en ce qui concerne le ch. 3 introduit dans l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., et d'éviter que des accords similaires soient soumis de façon répétée au référendum, le Conseil fédéral a précisé, dans le message du 19 septembre 2003 concernant une Convention de double-imposition avec Israël, qu'il accompagnerait désormais les accords soumis au Parlement de la proposition expresse de ne pas les soumettre au référendum facultatif en matière de traités internationaux, pour autant que ces accords n'entraînent pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse »³⁷. Il était exposé que durant les dix dernières années, la Suisse avait conclu des accords « largement similaires » avec un grand nombre de pays et que le contenu de la convention de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie était « standardisé » dans la mesure où il avait « le même objet et la même teneur que de nombreux autres traités conclus par la Suisse ». Le Conseil fédéral estimait donc que la convention en question n'entraînait pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse et que « compte tenu de sa portée et de l'Etat partenaire concerné », la convention était « d'une importance juridique et politique semblable à celle des conventions de sécurité sociale déjà conclues ». Le message proposait donc de ne pas soumettre l'arrêté fédéral au référendum facultatif. L'Assemblée fédérale a suivi cette proposition³⁸.

2.8

Initiatives parlementaires visant à modifier le système référendaire

Deux initiatives parlementaires déposées en 2009 par le conseiller national Lukas Reimann visaient une modification générale du système référendaire. La première visait à introduire un référendum facultatif extraordinaire permettant à une minorité qualifiée (par ex. un tiers des membres d'un conseil) de déclarer un acte ou un arrêté sujet au référendum³⁹; la seconde proposait d'introduire un référendum dit parlementaire permettant à une minorité qualifiée (par ex. un tiers des membres d'un conseil) de soumettre au référendum un acte simplement sujet au référendum⁴⁰. Suivant la

³⁶ Message du Conseil fédéral du 28 février 2007 concernant la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie, FF 2007 1677.

³⁷ FF 2007 1677, p. 1693.

³⁸ Arrêté fédéral du 2 octobre 2007 portant approbation de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie, RO 2007 7181.

³⁹ 09.443.

⁴⁰ 09.444; Les dispositions relatives au référendum parlementaire facultatif ont été abrogées en 2003 avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (l'art. 89, al. 4, aCst. était libellé ainsi: «Par une décision des deux conseils, l'al. 2 est applicable à d'autres traités»).

proposition de la CIP-N, chargée de l'examen préalable, le Conseil national a décidé, le 15 mars 2010, de ne pas donner suite à ces initiatives⁴¹.

3 Abandon partiel de la pratique

3.1 Abandon de la pratique pour les conventions de double-imposition

En 2009, dans son message du 27 novembre 2009 concernant l'approbation d'un protocole modifiant la convention contre les doubles impositions entre la Suisse et le Danemark⁴², le Conseil fédéral a certes rappelé sa pratique relative à l'application de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. Il a toutefois reconnu que, dans le cas d'espèce, une disposition du protocole constituait une nouveauté dans la pratique de la Suisse et que la nouvelle convention contenait donc une disposition importante au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. par rapport aux engagements convenus jusqu'à présent dans ce domaine avec d'autres Etats⁴³. Le Conseil fédéral a proposé de soumettre la convention au référendum. L'Assemblée fédérale a suivi cette proposition⁴⁴.

Par la suite, concernant ce type de conventions, et malgré le fait qu'il s'agissait de conventions « standardisées », le Conseil fédéral a argumenté de la même manière et a proposé à l'Assemblée fédérale de soumettre les conventions de double-imposition au référendum⁴⁵. L'Assemblée fédérale a suivi ces propositions⁴⁶.

3.2 Initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère »

L'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!) » (10.090), déposée le 11 août 2009, proposait d'étendre considérablement le référendum obligatoire en matière de traités internationaux. Elle avait la teneur suivante :

« *La Constitution est modifiée comme suit:*

⁴¹ BO 2010 N 397. La conseillère nationale Ruth Humbel a analysé les deux initiatives comme suit au nom de la commission: « La majorité de la commission ne perçoit pas dans les deux initiatives le renforcement de la démocratie ou des droits populaires annoncé dans leurs titres, mais une modification de l'équilibre existant entre le peuple et le Parlement et un renforcement des minorités au détriment des majorités. Dans notre système démocratique, au demeurant bien établi et fondé sur des décisions prises à la majorité, il serait délicat de laisser des minorités l'emporter sur des majorités. Ces initiatives auraient en outre pour effet d'affaiblir le Parlement qui, rappelons-le, est également un élément de notre démocratie directe: il est élu par le peuple, dont il défend les divers intérêts. » (trad.).

⁴² FF 2010 87.

⁴³ FF 2010 87, p. 98.

⁴⁴ Arrêté fédéral du 18 juin 2010 portant approbation d'un protocole modifiant la Convention entre la Suisse et le Danemark contre les doubles impositions, RO 2010 5937.

⁴⁵ Il en a été ainsi notamment pour les conventions de double imposition avec la France (FF 2009 1389), avec la Norvège (FF 2010 1043), le Luxembourg (FF 2010 1081), l'Autriche (2010 1187), le Royaume-Uni (FF 2010 241), le Mexique (FF 2010 163), le Qatar (FF 2010 2933), les Etats-Unis (FF 2010 217) et la Finlande (FF 2010 1063).

⁴⁶ FF 2010 3955 ss.

Art. 140, al. 1, let. d (nouvelle)

I Sont soumis au vote du peuple et des cantons:

d. les traités internationaux qui:

- 1. entraînent une unification multilatérale du droit dans des domaines importants;*
- 2. obligent la Suisse à reprendre de futures dispositions fixant des règles de droit dans des domaines importants;*
- 3. délèguent des compétences juridictionnelles à des institutions étrangères ou internationales dans des domaines importants;*
- 4. entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus d'un milliard de francs, ou de nouvelles dépenses récurrentes de plus de 100 millions de francs. »*

Dans son message du 1er octobre 2010⁴⁷, le Conseil fédéral a proposé de rejeter l'initiative. Il était en effet d'avis qu'elle allait trop loin. L'implication du peuple et des cantons dans la politique internationale devait à son avis être réservée aux questions d'importance constitutionnelle. Or, nombre de traités internationaux concernaient des objets sans grands enjeux pour le public. Manquant de précision, le texte de l'initiative offrait en outre, selon le Conseil fédéral, une grande marge d'interprétation qui nécessiterait le développement d'une longue pratique pour assurer la sécurité du droit. Par ailleurs, la politique étrangère de la Suisse ne gagnerait pas en légitimité. Le peuple et les cantons ne devraient y être obligatoirement associés que dans les rares cas où la Confédération envisage de limiter sa liberté d'action ou de décision, parce qu'elle est persuadée que l'assujettissement à un régime de droit international répond aux intérêts du pays et de sa population. Toujours selon le Conseil fédéral, donner aux cantons un droit de veto en matière de politique internationale alors qu'ils disposent de suffisamment de moyens pour se faire entendre ne répondait à aucune nécessité. Enfin, la marge de manœuvre de la Confédération en matière de politique internationale serait inutilement limitée, ce qui porterait atteinte à sa réputation et à sa crédibilité sur la scène internationale.

Bien que le Conseil fédéral ait proposé de rejeter l'initiative, il a reconnu qu'il était légitime d'améliorer les instruments de la démocratie directe en matière de politique internationale. Il a donc proposé, à titre de contre-projet direct, d'inscrire dans la Constitution l'obligation de soumettre au référendum les traités internationaux d'importance constitutionnelle.

Le Contre-projet était libellé comme suit :

« Art. 140, al. 1, let. b, Cst.

I Sont soumis au vote du peuple et des cantons:

b. les traités internationaux qui:

- 1. prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales;*

⁴⁷ FF 2010 6353.

2. *contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution ou équivalent à une modification de la Constitution; »*

Le Conseil fédéral a en outre, à cette occasion, estimé que la cohérence voudrait que l'on étende aux autres conventions, la nouvelle pratique consistant à soumettre au référendum facultatif des accords de double imposition : « *La constitutionnalité des «accords standards» a néanmoins été remise en question, notamment dans le contexte des négociations de nouvelles conventions contre les doubles impositions. Le Conseil fédéral est revenu à cet égard sur sa décision initiale, demandant que toutes les nouvelles conventions contre les doubles impositions soient sujettes au référendum. Il a été suivi sur ce point par les Chambres fédérales. La cohérence voudrait que l'on étende cette nouvelle pratique aux autres domaines du droit* »⁴⁸.

L'Assemblée fédérale a proposé le rejet de l'initiative mais a décidé de ne pas présenter de contre-projet direct⁴⁹. Le Conseil des Etats a estimé que même si le contre-projet était plus précis que l'initiative, la proposition du Conseil fédéral de soumettre les traités internationaux à caractère constitutionnel au référendum obligatoire n'était guère plus satisfaisante. En outre, l'Assemblée fédérale aurait dû, pour chaque cas, déterminer si un traité international revêtait ou non un caractère constitutionnel. Le Conseil national s'est rallié à cet avis et a renoncé au contre-projet direct⁵⁰.

L'initiative a été rejetée par le peuple et les cantons le 17 juin 2012.

3.3 Examen de la pratique par l'administration fédérale

Bien que le Conseil fédéral se soit écarté de sa pratique pour les conventions de double-imposition, il a maintenu que certains traités ne devaient pas être soumis au référendum facultatif lorsque les règles de droit ne devaient pas être considérées comme importantes parce qu'elles étaient similaires à celles d'autres accords conclus antérieurement par la Suisse et que les accords n'entraînent pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse. Le maintien de la pratique des « accords standards » concerne donc toujours, à l'heure actuelle, les accords de libre-échange⁵¹, les accords de promotion et de protection réciproque des investissements⁵² et les accords de sécurité sociale⁵³.

Si le Conseil fédéral a proposé aux Chambres de soumettre l'arrêté fédéral portant approbation de l'accord de libre échange et de l'accord agricole avec Hong Kong au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., c'est parce que,

⁴⁸ FF 2010 6353, p. 6360.

⁴⁹ Arrêté fédéral du 23 décembre 2011 concernant l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!) », FF 2012 47.

⁵⁰ Note de synthèse, 10.090 Initiative populaire : « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!) », http://www.parlament.ch/F/Suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20100090.

⁵¹ Cf. par ex. Message concernant l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et l'Ukraine et l'accord agricole entre la Suisse et l'Ukraine, FF 2011 1433.

⁵² Cf. par ex. Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et la Tunisie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, FF 2013 1287.

⁵³ Cf. par ex. Message concernant l'approbation de la convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et le Japon, FF 2011 2397.

pour la première fois, dans le cadre d'un accord de libre-échange, un accord parallèle sur les standards de travail avait été conclu⁵⁴.

Par décision du 11 janvier 2012⁵⁵, le Conseil fédéral a donné mandat à la chancellerie fédérale d'établir une vue d'ensemble de la pratique actuelle du Conseil fédéral sur la question de soumettre ou non certains accords internationaux au référendum facultatif. Il a parallèlement chargé le DFE, en collaboration avec le DFJP (OFJ), de lui présenter d'ici au 1er juillet 2012, les bases légales permettant à l'Assemblée fédérale ou au Conseil fédéral de conclure de sa propre compétence des accords de libre-échange.

Dans son rapport du 25 juin 2012, la Chancellerie fédérale a examiné le chapitre « Constitutionnalité » de différents messages adoptés par le Conseil fédéral depuis le mois d'août 2003 concernant l'approbation d'accords entre la Suisse et un Etat tiers dans différents domaines. Elle les a ensuite regroupés par thèmes en présentant pour chacun d'entre eux une liste des raisons pour lesquelles il a été proposé au Parlement de soumettre l'arrêté fédéral de l'accord au référendum facultatif ou pourquoi il fallait y renoncer.

Il est ressorti de la consultation des offices qu'il s'avérait nécessaire d'examiner et d'approfondir une série de questions relatives à ce rapport. La Chancellerie a alors proposé au Conseil fédéral de confier un mandat supplémentaire à l'OFJ pour examiner ces questions, en collaboration avec les représentants des offices concernés.

En attendant les conclusions de cette analyse, le Conseil fédéral a expliqué, dans son message du 15 mai 2013, concernant l'approbation de la convention de sécurité sociale révisée entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique, que cette pratique, qui consistait à exclure le référendum facultatif en matière de traités internationaux « standards », faisait actuellement l'objet d'un réexamen par le Conseil fédéral, quant à sa conformité avec l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. « Il s'agit en effet d'examiner l'opportunité de se rallier à la nouvelle pratique mise en place en matière d'accords de double imposition que le Conseil fédéral propose désormais de tous soumettre au référendum facultatif »⁵⁶. Le Conseil fédéral a rappelé ces informations relatives à l'examen de la pratique dans de nombreux messages⁵⁷.

4 Développements récents

Lors des débats au Parlement relatifs à l'approbation de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la Chine, des voix se sont élevées pour demander que cet accord soit soumis au référendum facultatif. Une proposition dans ce sens a été déposée tant au Conseil national qu'au Conseil des Etats. Ces propositions ont toutefois été reje-

⁵⁴ Message concernant l'approbation de l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et Hong Kong, Chine, de l'accord agricole entre la Suisse et Hong Kong, Chine, ainsi que de l'accord sur les standards de travail entre les Etats de l'AELE et Hong Kong, Chine, FF **2011** 7241.

⁵⁵ Décision prise dans le cadre de l'approbation de son rapport sur la politique économique extérieure 2011 ainsi que de ses messages concernant des accords économiques internationaux et Rapport sur les mesures tarifaires prises en 2011, FF **2012** 675.

⁵⁶ Message du Conseil fédéral du 15 mai 2013 concernant l'approbation de la convention de sécurité sociale révisée entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique, FF **2013** 2961, p. 2972.

⁵⁷ FF **2013** 7325, p. 7376; FF **2013** 7221, p. 7260; FF **2014** 1261, p. 1290; FF **2014** 1655, p. 1666; FF **2014** 3877, p. 3885.

tées. Par ailleurs, dans son avis de droit du 15 février 2014⁵⁸, Oliver Diggelmann a estimé que le fait de ne pas soumettre cet accord au référendum facultatif violait l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. Il a en outre remis en question la constitutionnalité de la pratique des traités standards. Enfin, suite à cet avis de droit, un appel dans la presse, signé par plusieurs professeurs de droit de différentes universités suisses, a demandé que ledit accord soit soumis au référendum facultatif. Le Parlement a renoncé à soumettre l'accord au référendum facultatif⁵⁹.

⁵⁸ Oliver Diggelmann, "Muss das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Volksrepublik China dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden?", Rechtsgutachten vom 15. Februar 2014, erstellt im Auftrag von Prof. Dr. h.c. Paolo Bernasconi, Via Lucchini 1, 6901 Lugano. Voir également Oliver Diggelmann, Verletzt die "Standardabkommen-Praxis" der Bundesversammlung die Bundesverfassung? ZBl 2014 p. 291 s.

⁵⁹ Le Conseil des Etats a refusé par 23 voix contre 16 et une abstention une proposition qui demandait de soumettre l'accord au référendum facultatif (BO 2014 362). Par 109 voix contre 52 et 21 abstentions, le Conseil national a également refusé une proposition identique (BO 2013 2084).