



Ce texte est une version provisoire. La version définitive qui sera publiée sous www.fedlex.admin.ch fait foi.

24.xxx

Recours au droit de nécessité

**Rapport du Conseil fédéral
donnant suite aux postulats 23.3438 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 24 mars 2023 et 20.3440 Schwander du 6 mai 2020**

du 19 juin 2024

Condensé

Au cours des deux dernières décennies, des crises ont gravement menacé l'État, la société et l'économie. Le Conseil fédéral a, dans ces situations, édicté des ordonnances de nécessité fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution (Cst.) et demandé l'assentiment de la Délégation des finances pour allouer des crédits urgents. Le présent rapport fait une analyse de la théorie du droit de nécessité avec en arrière-plan la pratique du Conseil fédéral. Il en ressort que le Conseil fédéral doit avoir la capacité d'agir et d'édicter du droit de nécessité à chaque fois que des biens juridiques fondamentaux qu'il a l'obligation de protéger sont gravement menacés.

Contexte

Le Conseil fédéral a élaboré le présent rapport en exécution du postulat 23.3438 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) « Recours au droit de nécessité ». Le postulat le charge de présenter les bases légales qui fondent le droit de nécessité ainsi que ses limites. Le Conseil fédéral exécute aussi, par le présent rapport, le postulat 20.3440 Schwander « Article 185 alinéa 1 de la Constitution. Préciser la sphère de protection ». Le postulat 23.3438 CAJ-N présente en outre un lien étroit avec l'initiative parlementaire 23.439 Caroni « Prévoir l'obligation pour le Conseil fédéral de motiver tout recours au droit de nécessité », qui vise à obliger le Conseil fédéral à indiquer concrètement, lorsqu'il choisit de recourir au droit de nécessité, les raisons pour lesquelles ce choix est juridiquement légitime.

Contenu du rapport

Le Conseil fédéral est habilité à édicter des ordonnances de nécessité en se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige ou que des troubles existants ou imminents menacent gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Le présent rapport fait une analyse de la doctrine et de la jurisprudence avant de conclure que le gouvernement peut recourir au droit de nécessité à chaque fois que des biens juridiques fondamentaux qu'il a le devoir de protéger sont gravement menacés. Ce devoir de protection ne se limite pas à des biens de police classiques (comme la vie et l'intégrité corporelle, la liberté ou la santé publique), mais peut aussi englober l'obligation de protéger le système financier et l'économie suisses. C'est l'importance systémique du bien à protéger qui est déterminante.

Pour garantir sa capacité d'action en temps de crise, le Conseil fédéral doit pouvoir déroger aux lois et même à certaines dispositions constitutionnelles lorsqu'il édicte des ordonnances de nécessité. Il doit cependant faire preuve de la plus grande retenue s'il veut déroger à des dispositions relatives à la gestion de crises contenues dans des lois spéciales, qui ont été prévues par le législateur pour parer aux situations d'urgence. Il en va de même de la limitation du droit de consulter des documents officiels au sens de la loi sur la transparence (LTrans) et de l'ajout de dispositions pénales dans les ordonnances de nécessité, qui ne doivent être qu'exceptionnels. Les ordonnances de nécessité édictées par le Conseil fédéral doivent dans tous les cas respecter

le principe de proportionnalité et les normes impératives du droit international, y compris les garanties indérogables en matière de droits de l'homme (droit international) ainsi que les principes de l'activité de l'État régi par le droit visés à l'art. 5 Cst. et l'essence des droits fondamentaux (droit constitutionnel).

Le recours au droit de nécessité peut être envisagé lorsque le droit ordinaire ne propose pas d'instruments adaptés pour écarter un danger imminent. Il est essentiel que le législateur sache anticiper les crises et s'efforce de rendre la législation plus résiliente. Les dispositions relatives à la gestion de crises contenues dans les lois spéciales apportent une plus-value au regard de la démocratie et de l'État de droit notamment lorsqu'elles ne se limitent pas à reproduire la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral d'édicter du droit de nécessité mais la concrétisent.

Étant donné que les ordonnances du Conseil fédéral, y compris les ordonnances de nécessité, ne sont pas soumises à un contrôle abstrait des normes (art. 189, al. 4, Cst.), les instruments de contrôle politiques jouent un rôle d'autant plus important. Les possibilités de l'Assemblée fédérale de cadrer les activités législatives du Conseil fédéral en temps de crise ont d'ailleurs déjà été considérablement élargies par la mise en œuvre des initiatives parlementaires CAJ-N 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ».

Le Conseil fédéral a un devoir accru d'expliquer et de justifier les mesures qu'il prend en temps de crise en raison du transfert temporaire de pouvoir du législatif à l'exécutif qui va de pair avec le recours au droit de nécessité et de la marge de manœuvre élargie dont il bénéficie. Il a l'obligation d'informer l'Assemblée fédérale, les cantons et la population suffisamment tôt et de façon complète de la manière dont il évalue la situation, des plans qu'il établit et des décisions qu'il prend, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose (art. 180, al. 2, Cst. et 10 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). Ce devoir d'information proactif est déterminant pour l'acceptation et la mise en œuvre des mesures de nécessité. Le droit de consulter des documents officiels conformément à l'art. 6 LTrans et les exceptions définies aux art. 7 à 9 LTrans s'appliquent, sauf réserve expresse prévue par le droit de nécessité.

Le Conseil fédéral entend augmenter la transparence lorsqu'il recourt au droit de nécessité, renforcer la sécurité juridique et améliorer de manière générale la résistance de la législation aux crises. Il examinera l'opportunité de créer une banque de données recensant les ordonnances de nécessité. Il entend par ailleurs communiquer de façon plus claire les critères qu'il applique lorsqu'il édicte du droit de nécessité et renforcer la qualité des motifs juridiques qu'il invoque. Un schéma de contrôle et une liste de critères aideront à structurer, à uniformiser et à améliorer l'élaboration du droit de nécessité et la motivation juridique. Le Conseil fédéral veut mieux tirer les leçons de crises passées et continuer à développer la gestion de crises de la Confédération. De nouvelles lignes directrices serviront à l'administration fédérale de fil conducteur lors de la préparation de dispositions relatives à la gestion de crises contenues dans les lois spéciales et contribueront à améliorer la résilience de la législation.

Table des matières

1	Mandat	6
2	Démarche méthodologique	7
3	Contenu du rapport	7
4	Terminologie	8
5	Le droit de nécessité dans l'histoire récente	9
5.1	Recapitalisation d'UBS (2008)	11
5.2	Pandémie de COVID-19 (2020)	17
5.3	Sauvetage d'Axpo (2022)	27
5.4	Rachat de Credit Suisse (2023)	30
5.5	Recours au droit de nécessité en lien avec la politique extérieure de la Suisse	33
6	Caractérisation des crises	37
6.1	Escalade	38
6.2	Durée	38
6.3	Amplitude	38
6.4	Intensité	39
6.5	Probabilité d'occurrence	39
6.6	Synthèse	39
7	Équilibre à trouver entre efficacité et légitimité	40
7.1	Efficacité	40
7.2	Légitimité	42
7.3	Synthèse	44
8	Fondements juridiques du droit de nécessité	45
8.1	Constitution	45
8.2	Lois spéciales	51
9	Limites juridiques du droit de nécessité	61
9.1	Obligation de respecter le droit	61
9.2	Principe de proportionnalité comme limite relative	71
9.3	Limites absolues en droit international	72
9.4	Limites absolues en droit constitutionnel	74
9.5	Synthèse	76
10	Contrôle juridique du droit de nécessité	77
10.1	Contrôle juridique	77
10.2	Contrôle politique	84
10.3	Processus d'apprentissage institutionnel	87

11 Reprise du droit de nécessité dans le droit ordinaire	88
11.1 Art. 7c et 7d LOGA)	88
11.2 Reprise dans une ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.)	89
12 Instruments de gestion de crise de l'Assemblée fédérale	90
12.1 Loi fédérale urgente (art. 165 Cst.)	90
12.2 Ordonnances de nécessité de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.)	92
13 Conclusions	94
Annexe I: Questions centrales sur la théorie du droit de nécessité	
Annexe II: Questions centrales sur la pratique du droit de nécessité	
Annexe III: Document de travail	
Annexe IV: Cartographie du droit de nécessité conformément à l'art. 185, al. 3, Cst.	
Annexe V: Tableau comparatif des études de cas du droit de nécessité	

1 Mandat

Le postulat 23.3438 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) « Recours au droit de nécessité » charge le Conseil fédéral « de présenter dans un rapport les bases légales qui fondent le droit de nécessité ainsi que ses limites. Ce rapport devra indiquer:

- dans quelle mesure les art. 184 et 185 Cst.¹ constituent des bases légales suffisantes;
- dans quelle mesure l'implication du Parlement peut être améliorée. »

Le Conseil fédéral ne s'exprimera qu'avec retenue sur le deuxième point, car cette question relève tout d'abord de la compétence du Parlement, lequel vient d'adopter de nouvelles dispositions de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)², entrées en vigueur le 4 décembre 2023³, dans le cadre des initiatives parlementaires de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ».

Le Conseil fédéral exécute aussi, par le présent rapport, le postulat 20.3440 Schwander « Article 185 alinéa 1 de la Constitution. Préciser la sphère de protection », qui le charge « de montrer comment il définit la sphère de protection de l'art. 185, al. 3, de la Constitution (Cst.) et de quelle manière il en déduit ses compétences en matière de droit de nécessité. Il doit en particulier montrer si la sauvegarde de la sécurité doit toujours être la condition à remplir ou si d'autres objectifs politiques suffisent à eux seuls. » Les questions constitutionnelles relatives aux référendums contre des lois fédérales urgentes ont été traitées dans le rapport du Conseil fédéral du 15 mars 2024 « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution. Clarifications »⁴, donnant suite au postulat 22.3010 CIP-N.

Le postulat 23.3438 CAJ-N « Recours au droit de nécessité » présente un lien matériel étroit avec l'initiative parlementaire 23.439 Caroni « Prévoir l'obligation pour le Conseil fédéral de motiver tout recours au droit de nécessité ». Cette initiative demande au Conseil fédéral d'indiquer concrètement, lorsqu'il choisit de recourir au droit de nécessité, les raisons pour lesquelles ce choix est juridiquement légitime. Le motif à l'appui de cette initiative est que, même après la réforme induite par les initiatives parlementaires 20.437 et 20.438 CIP-N, le Conseil fédéral conserve dans ce domaine des prérogatives considérables, et qu'il continue notamment de pouvoir décider lui-même si les conditions du recours au droit de nécessité sont remplies.

À la suite de l'affaire Tinner, lors de laquelle le Conseil fédéral avait ordonné, en vertu de son droit de prendre des décisions de nécessité, la destruction de plans d'armes nucléaires, en empiétant sur l'indépendance de la justice, la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales (DélCdG) avait déjà noté dans son rapport

¹ RS 101

² RS 171.10

³ RO 2023 483

⁴ www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 22.3010

du 19 janvier 2009 « Affaire Tinner: gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées »⁵ qu'elle attendait du Conseil fédéral qu'il ne fasse appel à ses compétences découlant des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. qu'avec une grande retenue et après un examen approfondi des circonstances.

2 Démarche méthodologique

Un groupe de travail interne, placé sous la direction de l'Office fédéral de la justice (OFJ) a été formé pour analyser la *pratique du droit de nécessité*. Il réunissait des représentants de la Chancellerie fédérale (ChF), des Services du Parlement (SP) et d'unités ayant une expérience du droit de nécessité – Administration fédérale des finances (AFF), Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), Office fédéral de la santé publique (OFSP), Secrétariat d'État à l'économie (SECO), Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE), Secrétariat général du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (SG-DEFR) et Direction du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE). Les résultats de ses travaux ont été complétés par des avis de spécialistes externes. Le groupe d'experts externes chargé du suivi scientifique des travaux⁶ reflétait la diversité des positions scientifiques dans le domaine universitaire (*théorie du droit de nécessité*). Ses membres ont fait part de leurs connaissances et de leurs opinions au cours de plusieurs séances. Ils ne sont pas liés par les appréciations exprimées dans le présent rapport.

Le groupe d'experts et le groupe de travail interne se sont réunis trois fois chacun de leur côté, pour discuter d'un éventail de questions centrales sur la théorie et la pratique du droit de nécessité et pour débattre d'éventuelles améliorations possibles sur la base d'un document de travail (voir les annexes I, II et III). Une cartographie des questions relatives au droit de nécessité (théorie) et un tableau comparatif des études de cas (pratique) sont joints au présent rapport (annexes IV et V).

3 Contenu du rapport

Dans le présent rapport, on étudiera, sur la base de cas d'ordonnances de nécessité prises ces dernières années, les bases juridiques et les limites du droit de nécessité; seront abordés les thèmes du contrôle de ce dernier, des autres solutions envisageables et de sa reprise en droit ordinaire.

Après une brève définition du droit de nécessité (ch. 4), quatre cas seront passés en revue (ch. 5): la recapitalisation d'UBS en 2008, la lutte contre l'épidémie de COVID-19 en 2020, le sauvetage d'Axpo en 2022 et l'acquisition, soutenue par les autorités, de Credit Suisse par UBS en 2023. Une caractérisation des crises sera établie sur la

⁵ FF 2009 4493 p. 4547

⁶ Ont participé au groupe d'experts (par ordre alphabétique): les professeurs Eva Maria Belsler (Université de Fribourg), Maya Hertig (Université de Genève), Andreas Kley (Université de Zurich), Jörg Künzli (Université de Berne) et Urs Saxer (Université de Zurich).

base de ces cas, en fonction de la dynamique d'escalade, de la durée de la crise, de son amplitude, de son intensité et de sa probabilité d'occurrence (ch. 6). Nous en tirerons une liste des défis que pose la réglementation de la gestion des crises (ch. 7).

La partie principale du rapport sera consacrée aux bases (ch. 8) et aux limites (ch. 9) du droit de nécessité. Les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. habilent le Conseil fédéral, à certaines conditions, à prendre des ordonnances et des décisions de nécessité (ch. 8.1). Il existe cependant aussi des dispositions de lois spéciales applicables à la gestion des crises, par lesquelles le Parlement charge le Conseil fédéral de maîtriser les situations particulières ou extraordinaires (ch. 8.2). On se posera aussi la question de savoir si le Conseil fédéral peut déroger aux lois en vigueur et aux dispositions de la Constitution et du droit international lorsqu'il édicte du droit de nécessité (ch. 9).

Cette partie sera suivie d'une analyse des instruments de contrôle juridiques et politiques (ch. 10). On s'attachera en particulier à examiner la nécessité de procéder à un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité en préliminaire. Suivra une analyse de la procédure de reprise des ordonnances de nécessité dans le droit ordinaire (ch. 11). Le rapport traitera aussi la question de la législation urgente (art. 165 Cst.) et des ordonnances de nécessité de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.) comme alternatives au droit de nécessité du Conseil fédéral (ch. 12).

Pour finir, le rapport contient des recommandations quant aux mesures à prendre pour améliorer la transparence du recours au droit de nécessité, favoriser la sécurité du droit et accroître la résilience du système (ch. 13).

4 Terminologie

La notion de « droit de nécessité » (« *Notrecht* », « *diritto di necessità* ») n'apparaît pas dans la Constitution. Elle s'est cependant imposée dans la doctrine et la jurisprudence⁷. On rencontre également parfois en français le terme de « droit d'urgence »; pour éviter toute confusion avec le « *Dringlickeitsrecht* », édicté par le Parlement en vertu de l'art. 165 Cst., nous utiliserons dans le présent rapport systématiquement le terme de « droit de nécessité ». Par « droit de nécessité », on entend généralement les ordonnances et les décisions que le Conseil fédéral adopte en se fondant sur les art. 185, al. 3, et 184, al. 3, Cst., en cas de troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Le droit de nécessité comprend aussi, dans un certain sens, les ordonnances et les arrêtés fédéraux simples que peut édicter l'Assemblée fédérale dans des circonstances extraordinaires (art. 173, al. 1, let. c, Cst.). On parle d'« ordonnances de nécessité » et de « décisions de nécessité »⁸. La clause générale de police de l'art. 36, al. 1, 3^e phrase, Cst. a un lien étroit avec la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral d'édicter du droit de nécessité⁹. Elle permet de s'affranchir de l'exigence d'une base légale, même lorsqu'il y a restriction d'un droit fondamental, en cas de danger sérieux, direct et imminent.

⁷ URS SAXER/FLORIAN BRUNNER, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall, 2023 (ci-après SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar), n° 61 ad art. 185 Cst.

⁸ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 60 ad art. 185 Cst.

⁹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 71 ad art. 185 Cst.

L'art. 185, al. 3, Cst. est la délégation de compétence explicite du recours à la clause générale de police par le Conseil fédéral. Celle-ci fait donc pendant, pour les droits fondamentaux, à la compétence du Conseil fédéral en matière de droit de nécessité. Outre la compétence conférée par la Constitution au Conseil fédéral, il existe de plus en plus souvent dans les lois fédérales des dispositions spéciales applicables à la gestion de crises, par lesquelles le Parlement habilite le gouvernement à agir. Dans le contexte du présent rapport, on peut aussi les considérer comme du droit de nécessité au sens large.

Il s'agit là du droit de nécessité fondé directement sur la Constitution (dit « intraconstitutionnel »), qu'il convient de distinguer du droit de nécessité édicté sans base constitutionnelle (dit « extraconstitutionnel »)¹⁰: les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. forment la base du droit de nécessité intraconstitutionnel mais non pas du droit de nécessité « proprement dit », soit le droit de nécessité extraconstitutionnel¹¹. Selon le rapport de la CIP-N du 5 février 2010 concernant l'initiative parlementaire 09.402 « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires »¹², ce dernier présuppose une situation d'urgence menaçant l'existence même du pays, dans laquelle le Conseil fédéral peut agir en dehors de tout ordre constitutionnel.

Les questions relatives au droit de nécessité, à l'état d'urgence ou aux circonstances exceptionnelles mettent en exergue la relation entre droit et politique. Le rôle du droit dans les décisions politiques et la dimension politique de la législation sont particulièrement apparents. Le droit de nécessité fait appel à des notions fondamentales de droit constitutionnel et de philosophie du droit, auxquelles s'intéressent les auteurs de doctrine¹³.

5 Le droit de nécessité dans l'histoire récente

Le postulat 23.3438 CAJ-N « Recours au droit de nécessité » a été déposé au lendemain de l'adoption d'une ordonnance de nécessité encadrant la reprise de Credit Suisse (CS) par UBS, en mars 2023, et il est très imprégné par le contexte de cette affaire. Il forme un ensemble avec deux autres postulats CAJ-N: les postulats 23.3439 « Examen d'une possible action en justice à l'égard des organes dirigeants de Credit Suisse » et 23.3440 « Applicabilité de la réglementation "too big to fail" pour les

¹⁰ LUC GONIN, Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (ci-après GONIN, CR Cst.), n° 11 ad art. 185 Cst.

¹¹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 61 ad art. 185 Cst.

¹² FF 2010 1431 p. 1435 s.; voir également l'entrée « droit de nécessité » dans le lexique du Parlement.

¹³ RALPH TRÜMLER, Notrecht, Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zurich 2012; DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Zurich/St-Gall 2016; CAROLINE LEHNER, Notverordnungsrecht. Die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, Berne 2016; ROMANE LOVIAT, Limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement, Analyse et réflexions au sujet du droit fédéral et du droit cantonal, Zurich/St-Gall, 2024.

grandes banques internationales ». Ces trois interventions ont été déposées, discutées et acceptées en même temps.

Un état des lieux juridique du droit de nécessité ne saurait cependant se faire sans élargir le contexte à d'autres cas de l'histoire récente, notamment la recapitalisation d'UBS en 2008, la lutte contre l'épidémie de COVID-19 en 2020 et le sauvetage d'Xpo en 2022¹⁴. Ces affaires ont en commun le fait que les risques auxquels le Conseil fédéral entendait parer par le droit de nécessité impactaient l'ensemble de la société. Elles ont nourri les délibérations au Parlement¹⁵, le débat dans les médias¹⁶ et les discussions dans la doctrine juridique¹⁷ et ont donné lieu à une pétition¹⁸. Dans le présent rapport, nous analyserons la théorie du droit de nécessité avec en arrière-plan ces affaires qui ont suscité de vifs débats. Concrètement, nous répondrons aux questions suivantes, afin de faciliter la comparaison des cas :

1. Quand et dans quelles circonstances le Conseil fédéral a-t-il eu recours au droit de nécessité (*contexte*) ?
2. Sur quelle base juridique s'est-il fondé pour édicter le droit de nécessité (*base juridique*) ?
3. Quelles mesures a-t-il prises à ce titre (contenu) et quels instruments a-t-il choisis (forme) (*ordonnance de nécessité*) ?
4. Comment a-t-il motivé le recours au droit de nécessité ou attesté une situation d'urgence (*motivation*) ?
5. Quelles autres options ont été étudiées à l'époque et pour quelles raisons le Conseil fédéral les a-t-il rejetées (*autres solutions envisagées*) ?
6. Le droit de nécessité a-t-il été repris par la suite dans le droit ordinaire (*reprise en droit ordinaire*) ?
7. Quelles réactions l'application du droit de nécessité a-t-elle déclenchées (*réactions*) ?
8. Quelles démarches a-t-on entreprises à l'époque pour tirer les enseignements du recours au droit de nécessité (*évaluation*) ?

¹⁴ Pour un avis critique sur la reprise de Credit Suisse: GIOVANNI BIAGGINI, Die CS-Übernahme und der «Fluch des Notrechts», in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 124/2023, p. 309

¹⁵ Intervention Maître Vincent, BO 2023 N 698

¹⁶ SRF, Nach CS-Übernahme durch UBS - Schädigt das Notrecht die Demokratie? Entretien avec le prof. Andreas Glaser publié le 24 mars 2023, www.srf.ch > News > Schweiz (consulté le 7.2.2024)

¹⁷ GIOVANNI BIAGGINI, Die CS-Übernahme und der «Fluch des Notrechts», in: ZBl 124/2023, p. 309; PAUL RICHLI/ANDREAS STÖCKLI, Streitgespräch: «Es ist umstritten, ob Notrecht zulässig war», Plädoyer 3/20, p. 10

¹⁸ Pétition du Verein Notrechtsinitiative 23.2018 « Renforcer le contrôle exercé par les tribunaux sur le droit de nécessité », www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 23.2018

5.1 Recapitalisation d'UBS (2008)

5.1.1 Contexte

Dans son message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse¹⁹, le Conseil fédéral a décrit de la manière suivante les circonstances qui l'ont amené à recourir au droit de nécessité: « ... la crise financière qui a éclaté sur le marché immobilier américain à la fin de l'été 2007 s'est fortement aggravée dans la seconde moitié du mois de septembre 2008 et a commencé à s'étendre à des pays dont le marché immobilier ne présentait alors aucun signe de surchauffe. [...] En Suisse, les turbulences des marchés financiers mondiaux ont frappé de plein fouet les deux grandes banques, qui sont très engagées sur le marché américain. [...] Des deux grandes banques suisses, l'UBS SA et Credit Suisse, la première est de loin celle qui a été le plus touchée, malgré sa capitalisation supérieure à la moyenne internationale. La vulnérabilité de l'UBS SA s'est déclarée au grand jour vers la fin du troisième trimestre 2008: dégradation de la trésorerie, forte augmentation des retraits de fonds de la clientèle, évolution toujours insatisfaisante des résultats et enfin, d'importantes positions d'actifs illiquides posant toujours problème malgré les mesures d'assainissement prises précédemment. Vu cette accumulation de difficultés, il n'était pas exclu que la banque doive affronter une crise de confiance encore plus grave dans l'hypothèse où la détérioration des marchés se poursuivrait. Cela aurait eu des conséquences massives pour le système financier suisse et pour toute l'économie du pays. ». Les risques pour l'économie suisse étaient immenses, parce que l'effondrement d'UBS aurait pu déclencher un effet domino aux répercussions catastrophiques. À cette époque, les actifs du secteur bancaire en Suisse totalisaient plus de 4700 milliards de francs, soit plus de 9 fois le produit intérieur brut de la Suisse.

5.1.2 Base constitutionnelle

La Confédération avait besoin d'une base juridique valable pour les mesures de soutien financier prévues pour la recapitalisation d'UBS (participation de la Confédération sous forme d'un emprunt à conversion obligatoire). Si, en 2001-2002, elle avait pu se fonder sur une disposition de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation²⁰ pour sauvegarder l'aviation suisse (capitalisation de Swiss), la législation financière et plus particulièrement la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)²¹ ne comprenaient pas de norme équivalente²².

Le Conseil fédéral s'est fondé directement sur l'art. 184, al. 3, Cst. (sauvegarde des intérêts du pays dans les relations avec l'étranger) et sur l'art. 185, al. 3, Cst. (troubles menaçant gravement l'ordre public, la sécurité intérieure ou la sécurité extérieure) pour prendre des mesures de recapitalisation de l'UBS SA grâce à des fonds de la Confédération. Le recours à l'art. 184, al. 3, Cst. s'imposait, selon le Conseil fédéral,

¹⁹ FF **2008** 8027 p. 8028; voir aussi p. 8038 à 8040 et 8042 s.; nous renvoyons également au ch. 5.1.4 du présent rapport.

²⁰ RS **748.0**

²¹ RS **952.0**

²² FF **2008** 8027 p. 8051

du fait que l'effondrement d'UBS aurait porté durablement atteinte à la réputation de la place financière suisse à l'étranger. Eu égard à la vocation internationale de cette dernière, la perte de confiance qui en aurait résulté aurait eu de graves conséquences pour l'économie suisse²³. Quant à l'art. 185, al. 3, Cst., le message invoque le commentaire de Kurt Eichenberger sur l'art. 102, ch. 10, de l'ancienne constitution (aCst.)²⁴, selon lequel la compétence autonome du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances ne se limite pas à la protection de la vie et de l'intégrité physique de la population mais s'étend à l'adoption de mesures propres à écarter les dangers menaçant l'État et la société lorsque des événements catastrophiques et imprévisibles surviennent²⁵.

5.1.3 Ordonnance de nécessité

Se fondant donc sur sa compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité, inscrite aux art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral a édicté, le 15 octobre 2008, l'ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA²⁶ (ci-après « ordonnance UBS »), qui est entrée en vigueur à 18 h 00 le jour même. Certains auteurs de doctrine ont débattu de la question de savoir si ce texte méritait la qualification d'ordonnance ou s'il ne s'agissait pas plutôt d'une décision, prise en application de l'art. 22, al. 4, LParl²⁷. Selon l'art. 1, al. 1, de l'ordonnance UBS, la Confédération participe jusqu'à un montant maximal de 6 milliards de francs à la recapitalisation de l'UBS SA (base de l'emprunt à conversion obligatoire). L'art. 2 fixe les conditions auxquelles la participation de la Confédération est assujettie: (a) les mesures privées de recapitalisation doivent avoir échoué ou être insuffisantes; (b) la Banque nationale suisse (BNS) doit accorder une aide complémentaire pour le maintien de la liquidité; (c) une participation appropriée de la Confédération est prévue si la valeur de l'UBS SA s'apprécie sur le marché; (d) l'UBS SA s'engage à respecter les injonctions du Conseil fédéral en matière de gouvernement d'entreprise. Le Département fédéral des finances (DFF) administre l'emprunt après la souscription et les actions après la conversion (art. 3). L'art. 4, enfin, habilite le Conseil fédéral à décider des crédits d'engagement et des crédits budgétaires par le biais de la procédure d'urgence prévue par les art. 28 et 34 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)²⁸.

²³ FF 2008 8027 p. 8052

²⁴ KURT EICHENBERGER in JEAN-FRANÇOIS AUBERT / KURT EICHENBERGER / JÖRG PAUL MÜLLER / RENÉ A. RHINOW / DIETRICH SCHINDLER (édit.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Bâle/Zurich/Berne 1996, n° 169 ad art. 102, ch. 10, aCst.

²⁵ FF 2008 8027 p. 8052

²⁶ RO 2008 4741 (n'est plus en vigueur)

²⁷ Voir ANDREAS KLEY, *Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts*, in: RDS 2011 I, p. 123 ss, p. 134.

²⁸ RS 611.0

5.1.4 Motivation

Le recours au droit de nécessité a été motivé par le souci de stabiliser le système financier suisse et de renforcer durablement la confiance à l'égard du marché financier suisse²⁹. Le message contient les explications suivantes: « Les grandes banques jouent un rôle systématique important pour l'économie suisse. Ensemble, elles détiennent 35 % du marché du crédit à l'échelle nationale. [...] Par ailleurs, les transactions avec l'UBS SA représentent un tiers des transactions sur le marché suisse des crédits interbancaires. En cas de défaut d'une grande banque, les ménages et les entreprises ne seraient plus en mesure d'effectuer leurs dépenses courantes et leurs investissements, puisque leurs comptes seraient bloqués et leurs crédits suspendus. [...] La défaillance d'une grande banque se traduirait donc, du moins à court terme, par un blocage de l'approvisionnement en liquidités et par une déstabilisation du système de paiements de la Suisse. [...] Les conséquences seraient donc dramatiques pour l'ensemble de l'économie. Selon des études internationales, en cas de défaut d'une banque de la taille de l'UBS SA, il faudrait tabler sur un coût économique de l'ordre de 15 à 30 % du PIB (75 à 150 milliards de francs) à court terme. À long terme, la perte en termes de croissance est même estimée entre 60 et 300 % du PIB (300 à 1500 milliards de francs). »³⁰.

5.1.5 Autres solutions envisagées

Le Conseil fédéral a écarté le recours à la législation d'urgence au sens de l'art. 165 Cst., qui ne lui aurait pas permis d'agir avec la célérité voulue face à la rapide détérioration de la situation d'UBS et aux risques d'une grave perturbation de l'économie du pays³¹.

5.1.6 Reprise en droit ordinaire

L'ordonnance UBS a été abrogée avec effet rétroactif au 25 août 2009 par une ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 2010³²; son contenu n'a pas été repris dans une loi au sens formel. À cette époque, la limite de six mois concernant la validité des ordonnances de nécessité n'existait pas encore. Elle a été instaurée suite aux initiatives parlementaires CIP-N 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ».

²⁹ Communiqué du Conseil fédéral du 16 octobre 2008 « Le Conseil fédéral prend des mesures pour renforcer le système financier suisse », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 7.2.2024).

³⁰ FF 2008 8027 p. 8028 s.

³¹ FF 2008 8027 p. 8052

³² RO 2010 447

5.1.7 Réactions

Le sauvetage de l'UBS par le biais du droit de nécessité a déclenché les réactions suivantes:

- Rapport de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) du 14 septembre 2009 « Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers »³³; la FINMA a été fondée le 1^{er} janvier 2009. Elle remplaçait la Commission fédérale des banques (CFB), l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, rattachée à l'AFF. Conformément à l'art. 5, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)³⁴, elle a été conçue comme un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Elle ne fait pas partie de l'administration centrale de la Confédération contrairement aux organismes qu'elle a remplacés. En tant qu'unité décentralisée, elle est indépendante sur le plan institutionnel, fonctionnel et financier. Dans le rapport évoqué ici, elle relevait notamment comme défauts un niveau des fonds propres bien trop faible pour une banque d'importance systémique, une réglementation insuffisante des liquidités, une mauvaise appréciation des positions à risque par la CFB et la faiblesse des interventions de cette dernière – son manque de « pugnacité » – concernant les risques constatés³⁵.
- Rapport du Conseil fédéral du 12 mai 2010 « Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir » (élaboré en exécution du postulat David 08.4039 « Clarification du rôle joué par l'autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière » et de la motion 09.3010 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) « Vérifier le fonctionnement de la FINMA », et fondé sur deux expertises)³⁶; le Conseil fédéral y examine le rôle joué par la FINMA et surtout par l'ancienne autorité de surveillance, la CFB, durant la crise des marchés financiers. Il conclut que la CFB a mis le doigt sur plusieurs problèmes auprès d'UBS, sans toutefois insister suffisamment pour qu'ils soient éliminés. Elle s'est en outre trop fiée aux estimations

³³ Rapport de la FINMA du 14 septembre 2009 « Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers », [www.finma.ch > fr > Documentation > Archives > Rapports de surveillance > Rapport de la FINMA sur la crise financière](http://www.finma.ch/fr/Documentation/Archives/Rapports_de_surveillance/Rapport_de_la_FINMA_sur_la_crise_financiere) (consulté le 15.2.2024)

³⁴ RS 956.1

³⁵ Rapport de la FINMA du 14 septembre 2009, p. 37 à 42 (ch. 3.1)

³⁶ Communiqué du Conseil fédéral du 12 mai 2010 « Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir », [www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Enseignements de la crise financière pour la surveillance des marchés financiers](http://www.admin.ch/Documentation/Communiqués/Enseignements_de_la_crise_financiere_pour_la_surveillance_des_marchés_financiers) (consulté le 23.10.2023)

d'UBS et n'a pas assez comparé ses risques avec ceux des autres grandes banques et notamment de Credit Suisse³⁷.

- Rapport des Commissions de gestion (CdG) du 30 mai 2010 « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux États-Unis »³⁸: dans la première partie de ce rapport, les CdG ont examiné le comportement des autorités, dont le Conseil fédéral, face à la crise financière et à la menace pour l'existence d'UBS. Elles ont conclu que les autorités avaient trop tardé à reconnaître les risques et la problématique du *too big to fail* et à prendre des mesures et n'avaient ensuite pas agi avec assez de détermination. Elles ont également estimé que le Conseil fédéral avait trop peu géré le dossier, ayant été informé de manière insuffisante et ayant réagi beaucoup trop tard³⁹.
- Rapport de la CIP-N du 5 octobre 2010 sur son initiative parlementaire 09.402 « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires »⁴⁰: le projet de la CIP-N était centré sur des modifications de loi propres à renforcer le rôle du Parlement dans les cas où le Conseil fédéral use de sa compétence d'édicter du droit de nécessité en situation de crise. D'une part, une limite de temps a été fixée pour la reprise du droit de nécessité dans le droit ordinaire: dans le cas d'une ordonnance de nécessité fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral a un délai de six mois pour soumettre au Parlement le projet de base légale nécessaire, faute de quoi l'ordonnance devient caduque (art. 7d de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]⁴¹)⁴². D'autre part, les art. 28 et 34 LFC, qui règlent les crédits d'engagement urgents, sont formulés de manière plus stricte: l'assentiment préalable de la Délégation des finances (DélFin) doit être obtenu dans tous les cas. Dès que la DélFin a donné son assentiment à un crédit d'engagement urgent supérieur à 500 millions de francs, un quart des membres de l'un des conseils peuvent demander que l'Assemblée fédérale se réunisse, dans les trois semaines, en session extraordinaire⁴³.
- Initiative parlementaire 10.401 du 5 février 2010 du Bureau du Conseil national « Crise financière/UBS. Institution d'une CEP ». Aucune suite n'a été donnée à cette initiative.

C'est également suite à ces événements de la crise financière de 2008-2009 qu'une « réglementation *too big to fail* » a été introduite dans la loi sur les banques, conformément aux recommandations du Conseil de stabilité financière (*Financial Stability*

³⁷ Communiqué du Conseil fédéral du 12 mai 2010 « Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir », www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Enseignements de la crise financière pour la surveillance des marchés financiers (consulté le 23.10.2023) > Rapport du Conseil fédéral, p. 4 s.

³⁸ FF 2011 2903

³⁹ FF 2011 2903 p. 2904 à 2912 (Résumé)

⁴⁰ FF 2010 1431

⁴¹ RS 172.010

⁴² FF 2010 1431 p. 1450 s.

⁴³ FF 2010 1431 p. 1456

Board). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2012. Elle comprend des dispositions spéciales imposant aux banques d'importance systémique des conditions plus strictes en matière de dotation de capital, de liquidité et de capacité de liquidation. Les dispositions d'exécution ont également été adaptées dans la mesure du nécessaire. Ces dernières années, le Conseil fédéral a procédé à plusieurs révisions de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques⁴⁴, de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres⁴⁵ et de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités⁴⁶.

5.1.8 Évaluation

Le 4 novembre 2009, le Conseil fédéral a institué une commission d'experts chargée d'examiner la problématique du *too big to fail*⁴⁷. Elle a rendu un rapport intermédiaire le 22 avril 2010, contenant de premières propositions pour limiter les risques dans le secteur bancaire⁴⁸. Son rapport final a été publié le 30 septembre 2010⁴⁹. Les propositions de la commission d'experts ont été largement reprises dans le projet législatif visant à maîtriser les risques systémiques découlant des grandes banques, présenté au Parlement par le message du 20 avril 2011 concernant la révision de la loi sur les banques (renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*)⁵⁰.

Enfin, le Conseil fédéral a mis sur pied, le 4 septembre 2013, un groupe de travail placé sous la direction du prof. Aymo Brunetti. Dans le cadre de son mandat, qui prenait fin au terme de 2014, ce groupe de travail était chargé d'analyser le développement de la stratégie en matière de marchés financiers, ce qui incluait d'examiner la thématique *too big to fail* et de formuler des recommandations⁵¹. Le 18 février 2015,

44 RS 952.02

45 RS 952.03

46 RS 952.06

47 Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale; voir le communiqué du Conseil fédéral du 4 novembre 2009 « Le Conseil fédéral institue une commission d'experts chargée de se pencher sur la question des établissements trop grands pour faire faillite (*too big to fail*) », www.admin.ch > Documentation > Communiqués

48 Rapport intermédiaire de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, daté du 22 avril 2010, www.finma.ch; voir aussi le communiqué du Conseil fédéral du 28 avril 2010 « Mandat du Conseil fédéral pour une planification contraignante de la révision législative en rapport avec le problème du "too big to fail" », www.admin.ch > Documentation > Communiqués, et comprenant la prise de position du Conseil fédéral du même jour sur les propositions de la commission d'experts

49 Voir le communiqué du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 « Le Conseil fédéral fixe la suite des travaux visant à résoudre le problème du "too big to fail" », www.admin.ch > Documentation > Communiqués.

50 FF 2011 4365

51 Voir le rapport final du Groupe d'experts chargé du développement de la stratégie en matière de marchés financiers du 1^{er} décembre 2014, p. 45 ss, annexé au communiqué du Conseil fédéral du 5 décembre 2014 « Le Conseil fédéral prend connaissance du rapport final du groupe d'experts chargé du développement de la stratégie en matière de marchés financiers », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 9.2.2024).

le Conseil fédéral a adopté le premier rapport *too big to fail*⁵². Les règles en la matière sont régulièrement examinées depuis 2012⁵³.

5.2 Pandémie de COVID-19 (2020)

5.2.1 Contexte

En décembre 2019, un nouveau coronavirus (le Sars-CoV-2) déclencheur d'une maladie contagieuse baptisée par la suite COVID-19 a été identifié en Chine. Ce virus s'est rapidement propagé dans le monde entier. Le premier cas a été détecté en Suisse le 25 février 2020. Le 11 mars de la même année, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré pandémie le COVID-19⁵⁴.

5.2.2 Base constitutionnelle

Les ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 se fondaient sur l'art. 185, al. 3, Cst. et sur les art. 6 et 7 de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp)⁵⁵. Entre le moment où le Conseil fédéral a déclaré que la Suisse se trouvait en situation particulière (28 février 2020) et celui où il a qualifié la situation d'« extraordinaire » (16 mars 2020), les mesures dites « primaires » qu'il a prises (mesures épidémiologiques) se sont fondées sur les dispositions de la LEp – hormis les mesures à la frontière prises pour limiter l'entrée en Suisse de personnes provenant de pays ou de régions à risque. Pour prendre des mesures telles que l'interdiction de manifestations de plus de 1000, puis de 100 personnes, le Conseil fédéral a invoqué les compétences que lui donne l'art. 6, al. 2, LEp dans les situations particulières. L'art. 6, al. 1, let. a, LEp définit la situation particulière comme une situation telle que les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe un risque élevé d'infection et de propagation (ch. 1), ou bien un risque spécifique pour la santé publique (ch. 2), ou bien encore un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux (ch. 3). Le cas où l'OMS constate la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en

⁵² Rapport du Conseil fédéral du 18 février 2015 « "Too big to fail" (TBTF). Examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques et en réponse aux postulats 11.4185 et 14.3002 », FF **2015** 1793

⁵³ Voir le rapport du Conseil fédéral du 28 juin 2017 sur les banques d'importance systémique (examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques), FF **2017** 4537; le rapport du Conseil fédéral du 3 juin 2019 sur les banques d'importance systémique (examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques), FF **2019** 5165; enfin, le rapport du Conseil fédéral du 4 juin 2021 sur les banques d'importance systémique (examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques), FF **2021** 1487.

⁵⁴ Voir www.who.int > Directeur général > Allocutions > Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point presse sur la COVID-19 - 11 mars 2020; voir aussi le message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), FF **2020** 6363 p. 6368.

⁵⁵ RS **818.101**

Suisse est également une situation particulière selon l'art. 6, al. 1, let. b, LEp. Si une de ces conditions se réalise, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, ordonner des mesures visant soit des individus soit la population entière, décrites aux art. 30 à 40 de la loi, astreindre les médecins et d'autres professionnels de la santé à participer à la lutte contre la maladie transmissible et déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités (art. 6, al. 2, LEp).

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral déclarait que la Suisse se trouvait en situation extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp et ordonnait un durcissement des mesures. L'art. 7 LEp l'autorise, si nécessaire, à « ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays ». Il a notamment décrété, à cette date, l'interdiction générale des manifestations, la fermeture de tous les magasins à l'exception des points de vente de denrées alimentaires et de biens de consommation courante et l'interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes. À partir de ce moment-là, toutes les mesures arrêtées pour des motifs essentiellement épidémiologiques, pour limiter la propagation du COVID-19 et pour maintenir les capacités du système de santé afin de maîtriser l'épidémie (mesures primaires) ont été exclusivement fondées sur l'art. 7 LEp et intégrées à l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020⁵⁶, et ce, malgré le fait que l'art. 6, al. 2, LEp mentionné au paragraphe précédent aurait été suffisant comme base légale formelle pour ces mesures.

Comme l'expose le message relatif à la loi COVID-19⁵⁷, les mesures arrêtées pour surmonter les problèmes découlant de la mise en œuvre des mesures primaires prises en vertu de la LEp ont été édictées dans des ordonnances séparées. Ces « mesures secondaires », revêtant la forme d'ordonnances du Conseil fédéral, se sont fondées dans la mesure du possible sur des normes de délégation et des mandats, prévus par des lois formelles, habilitant le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution. Faute d'habilitation (suffisante) par la loi, le Conseil fédéral s'est fondé sur l'art. 185, al. 3, Cst. pour autant que les exigences formulées dans cet article constitutionnel, en particulier l'urgence et la nécessité, fussent satisfaites.

5.2.3 Ordonnances de nécessité

Le Conseil fédéral a pris un certain nombre de mesures dans les domaines sanitaire, économique et social pour surmonter la pandémie de COVID-19.

Comme on l'a dit plus haut, toutes les mesures primaires se fondaient sur l'art. 7 LEp et ont été intégrées à l'ordonnance 2 COVID-19. Le Conseil fédéral a fait ce choix pour répondre à des intérêts publics prépondérants, et malgré le fait que ces mesures, à quelques exceptions près, auraient pu se fonder sur le droit ordinaire (art. 6 en relation avec l'art. 40 LEp). Ces dispositions ont été abrogées lors du retour à une situation particulière, le 22 juin 2020. Le Conseil fédéral a transféré les dispositions prévoyant les mesures primaires encore nécessaires dans l'ordonnance COVID-19 du 19 juin

⁵⁶ RO 2020 773, voir FF 2020 6363 p. 6371

⁵⁷ FF 2020 6363 p. 6371

2020 situation particulière⁵⁸. Les mesures ne reposant ni sur la LEp ni sur d'autres lois fédérales ont quant à elles été regroupées dans l'ordonnance 3 COVID-19 du 19 juin 2020⁵⁹, qui se fondait sur l'art. 185, al. 3, Cst. jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi COVID-19 du 25 septembre 2020⁶⁰.

Le Conseil fédéral s'est fondé sur l'art. 185, al. 3, Cst. pour édicter des mesures secondaires dans les ordonnances (O) suivantes: O 2 COVID-19 du 13 mars 2020⁶¹, O COVID-19 du 20 mars 2020 sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral⁶², O COVID-19 du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus⁶³, O COVID-19 du 20 mars 2020 sport⁶⁴, O COVID du 14 octobre 2020 dans le secteur de la culture⁶⁵, O du 20 mars 2020 sur les pertes de gain COVID-19⁶⁶, O COVID-19 du 20 mars 2020 assurance-chômage⁶⁷, O COVID-19 du 25 mars 2020 obligation d'annoncer les postes vacants⁶⁸, O COVID-19 du 25 mars 2020 prévoyance professionnelle⁶⁹, O du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁷⁰, O COVID-19 du 27 mars 2020 bail à loyer et bail à ferme⁷¹, O COVID-19 du 1^{er} avril 2020 asile⁷², O COVID-19 du 16 avril 2020 justice et droit procédural⁷³, O COVID-19 du 16 avril 2020 insolvabilité⁷⁴, O COVID-19 du 22 avril 2020 indemnisation des militaires et des membres de la protection civile⁷⁵, O COVID-19 du 29 avril 2020 examens de maturité gymnasiale⁷⁶, O COVID-19 du 20 mai 2020 presse écrite⁷⁷, O COVID-19 du 20 mai 2020 médias électroniques⁷⁸, O COVID-19 du 20 mai 2020 accueil extra-familial pour enfants⁷⁹, O 3 COVID-19 du 19 juin 2020⁸⁰.

58 RO 2020 2213 (n'est plus en vigueur)

59 RS 818.101.24, RO 2020 2195

60 RS 818.102

61 L'ordonnance concernait uniquement des dérogations au droit des sociétés.

62 RO 2020 847 (n'est plus en vigueur)

63 RO 2020 849 (n'est plus en vigueur)

64 RO 2020 851 (n'est plus en vigueur)

65 RO 2020 855 (n'est plus en vigueur)

66 RO 2020 871 (n'est plus en vigueur)

67 RO 2020 877 (n'est plus en vigueur)

68 RO 2020 1071 (n'est plus en vigueur)

69 RO 2020 1073 (n'est plus en vigueur)

70 RO 2020 1077 (n'est plus en vigueur)

71 RO 2020 1099 (n'est plus en vigueur)

72 RO 2020 1125 (n'est plus en vigueur)

73 RO 2020 1229 (n'est plus en vigueur)

74 RO 2020 1233 (n'est plus en vigueur)

75 RO 2020 1337 (n'est plus en vigueur)

76 RO 2020 1399 (n'est plus en vigueur)

77 RO 2020 1765 (n'est plus en vigueur)

78 RO 2020 1769 (n'est plus en vigueur)

79 RO 2020 1753 (n'est plus en vigueur)

80 RS 818.101.24, RO 2020 2195

5.2.4 Motivation

5.2.4.1 Mesures épidémiologiques (mesures primaires)

- Risque spécifique pour la santé publique: l'épidémie de COVID-19 a été classée comme un risque pandémique extraordinaire, exigeant une réaction rapide et déterminée. La propagation rapide du virus et sa contagiosité élevée ont été considérées comme une menace sérieuse pour la population suisse.
- Protection de la population: le Conseil fédéral a souligné qu'il était de son devoir de protéger la population et de préserver la santé publique. Vu la vitesse de propagation du virus et les conséquences graves qu'il avait pour la santé de certaines catégories de personnes, particulièrement à risque, des mesures radicales ont été prises pour freiner la contagion et protéger la population.
- Surcharge du système de santé: un autre motif du recours au droit de nécessité était le risque de voir le système de santé débordé. Le grand nombre de cas de COVID-19 et la nécessité d'une prise en charge médicale intensive pouvaient mener à une pénurie de ressources. Afin d'éviter cette situation critique, des mesures propres à ralentir la propagation du virus et à décharger le système de santé ont été prises.
- Recommandations et expériences sur le plan international: le Conseil fédéral s'est également référé aux recommandations émises sur le plan international et aux expériences des autres pays. Il a observé les mesures prises à l'étranger et fait son profit des enseignements de ces mesures dans sa politique de gestion de la crise.

Les objectifs des mesures épidémiologiques prises par le Conseil fédéral ont été décrits à l'art. 1, al. 2, de l'ordonnance 2 COVID-19, dans sa version du 13 mars 2020⁸¹:

- prévenir ou endiguer la propagation du coronavirus (COVID-19) en Suisse (let. a);
- réduire la fréquence des transmissions, interrompre les chaînes de transmission et éviter ou endiguer des foyers (let. b);
- protéger les personnes particulièrement à risque (let. c);
- assurer la capacité de la Suisse à endiguer l'épidémie, en particulier à maintenir les conditions permettant un approvisionnement suffisant de la population en soins et en produits thérapeutiques (let. d).

5.2.4.2 Mesures visant à protéger l'économie et la société (mesures secondaires)

Les mesures secondaires, qui visaient à atténuer ou à compenser les retombées économiques et sociales de la pandémie, touchaient un grand nombre de domaines. Citons pour exemple:

⁸¹ RO 2020 773

- des indemnités pour perte de gain destinées aux personnes subissant un préjudice du fait de l’interdiction ou de la restriction des manifestations et des rassemblements;
- des mesures de soutien dans le domaine des indemnités en cas de réduction de l’horaire de travail;
- des prolongations, suspensions ou interruptions de délais visant à protéger les entreprises et les personnes touchées par l’interdiction ou la limitation de certaines activités;
- l’extension des délais pour exercer ses droits politiques;
- des dérogations aux règles ordinaires du droit des sociétés (assemblées générales);
- une aide d’urgence aux institutions d’accueil extra-familial;
- un soutien indirect aux entreprises et acteurs culturels, par le biais de conventions de prestations conclues avec les cantons.

5.2.4.3 Le système de cautionnements solidaires en particulier

Le système de cautionnements solidaires compte au nombre des mesures secondaires. Étant donné son importance économique et sociale, et vu qu’il a été repris dans une loi distincte de la loi COVID-19, nous traiterons cette mesure à part. L’ordonnance de nécessité en la matière ne restreignait pas la liberté individuelle mais habilitait l’État à fournir des prestations: la mesure principale prévue était la prise en charge par l’État d’une obligation de protection. Par conséquent, les cautionnements solidaires ont été bien acceptés.

Les conséquences de l’épidémie de COVID-19 et les mesures prises par les autorités pour sauvegarder la santé publique (premier semi-confinement du printemps 2020) ont provoqué des problèmes de liquidités pour de nombreuses entreprises sises en Suisse qui étaient jusque-là en bonne santé économique⁸². Les indépendants et les PME ont été particulièrement touchés. Afin de leur donner rapidement accès à des crédits bancaires, sans complications bureaucratiques, et de leur permettre ainsi de s’acquitter de leurs coûts fixes pendant quelques mois malgré la chute abrupte de leurs revenus, les quatre organisations de cautionnement reconnues par la Confédération ont accordé des cautionnements solidaires en vue d’emprunts bancaires. La Confédération s’est engagée à les indemniser pour les pertes découlant de ces cautionnements. Sans les cautionnements solidaires, de nombreuses entreprises concernées n’auraient pas pu obtenir de crédits car elles n’avaient souvent pas les sûretés requises par les banques.

⁸² Communiqué du Conseil fédéral du 25 mars 2020 « Coronavirus: le Conseil fédéral adopte une ordonnance de nécessité pour l’octroi de crédits garantis par un cautionnement solidaire de la Confédération », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 12.2.2024)

Le Conseil fédéral a donc, le 25 mars 2020, édicté l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (OCaS-COVID-19)⁸³, fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst. Il entendait éviter les licenciements massifs, garantir le versement du salaire en cas d'absence involontaire au travail et empêcher que des entreprises et des travailleurs indépendants solvables ne soient acculés à la faillite en raison d'un manque de liquidités lié au COVID-19⁸⁴. Cette ordonnance réglait notamment: l'octroi aux entreprises de crédits bénéficiant de cautionnements solidaires; la garantie fédérale dont bénéficiaient les quatre organisations de cautionnement pour leurs pertes éventuelles; la possibilité de refinancement par la BNS offerte aux banques. Le système des cautionnements solidaires a été complété par les mesures prises à la même période dans le domaine du chômage partiel (réduction de l'horaire de travail) et des pertes de gain dues au COVID-19, toutes mesures destinées également à soutenir l'économie suisse⁸⁵.

Entre le 26 mars et le 31 juillet 2020, presque 138 000 crédits couverts par un cautionnement solidaire ont été octroyés par les banques et PostFinance SA, principalement à des PME, pour une valeur de presque 17 milliards de francs⁸⁶. Ce système ne pouvait s'appuyer sur aucune base légale en vigueur (LEp, loi du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement du pays [LAP]⁸⁷, loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁸⁸, etc.). La seule voie possible était de recourir à la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral d'édicter une ordonnance de nécessité (art. 185, al. 3, Cst.) et à la procédure d'urgence pour les crédits d'engagement avec assentiment de la DélFin (art. 28 LFC).

En application de l'art. 7d LOGA, l'OCaS-COVID-19 devait avoir une durée de validité de six mois au maximum. Elle a été remplacée par la loi du 18 décembre 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (LCaS-COVID-19)⁸⁹. Cette loi urgente est entrée en vigueur le lendemain. Sa durée de validité est limitée au 31 décembre 2032. Le référendum n'a pas été demandé.

Quelques motions ont été déposées qui visaient certains aspects de l'OCaS-COVID-19: la motion 20.3857 Bregy « Mise en place d'un système incitatif de remboursement des crédits Covid-19 »; la motion 20.3813 Regazzi « Ne pas prendre en considération en tant que capitaux de tiers les crédits Covid-19 Plus pour toute la du-

⁸³ RO 2020 1077 (n'est plus en vigueur); voir le communiqué du 25 mars 2020.

⁸⁴ Commentaire du 14 avril 2020 de l'OCaS-COVID-19, p. 2, disponible à l'adresse <https://covid19.easygov.swiss/wp-content/uploads/2020/04/erlaeuterungen-notverordnung-solidarbuergschaften-fr-20200414.pdf> (consulté le 12.2.2024)

⁸⁵ Communiqué du Conseil fédéral du 20 mars 2020 « Coronavirus: un train de mesures pour atténuer les conséquences économiques », disponible à l'adresse www.admin.ch > Documentation > Communiqués; communiqué du Conseil fédéral du 25 mars 2020 « Coronavirus: le Conseil fédéral adopte une ordonnance de nécessité pour l'octroi de crédits garantis par un cautionnement solidaire de la Confédération », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 12.02.2024); voir aussi le message du 18 septembre 2020 concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, FF 2020 8165 p. 8170 s. et 8222.

⁸⁶ www.covid19.easygov.swiss > Crédits Covid-19 > Aperçu des crédits transitoires Covid-19 par canton (consulté le 12.2.2024)

⁸⁷ RS 531

⁸⁸ RS 951.25

⁸⁹ RS 951.26

rée des cautionnements solidaires »; la motion 20.3171 de la Commission des finances du Conseil des États « Adaptation de l’ordonnance sur les cautionnements solidaires pour permettre le traitement d’une seconde demande de crédit »; la motion 20.3137 CER-N « Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au Covid-19. Prolonger le délai de remboursement à huit ans »; la motion 20.3149 de la Commission des finances du Conseil national « Extension des droits de consultation dans le cadre de cautionnements ». Ces interventions parlementaires, ainsi que des propositions similaires déposées durant les délibérations sur la LCaS-COVID-19, ont été rejetées par le Parlement, car elles auraient porté atteinte au système en place de cautionnements solidaires, qui fonctionnait bien. Le souci constant des autorités a été d’éviter l’insécurité juridique et les incertitudes en matière de planification.

Le fait que le système de cautionnements solidaires repose sur les structures existantes (les banques/PostFinance SA comme organismes de crédit; les quatre organisations de cautionnement existantes; la plateforme Easygov du DEFR, etc.) s’est avéré très efficace. Le SECO, conjointement avec l’AFF et le Contrôle fédéral des finances (CDF), a mis en place rapidement des contrôles extensifs afin de parer aux abus en matière de cautionnements solidaires. Le CDF a de plus mené des contrôles réguliers dans le même but⁹⁰.

Le Conseil fédéral a adopté le 29 novembre 2023 un rapport intermédiaire sur les crédits COVID-19⁹¹. Le DFF a en outre publié de nombreuses informations concernant ces crédits sur le site Internet covid19.easygov.swiss, qu’il actualise chaque semaine.

5.2.5 Autres solutions envisagées

La question des autres solutions possibles fait intervenir divers facteurs, notamment le cadre juridique, l’urgence de la situation et l’efficacité des mesures. Rappelons ici que la LEp fournit une base légale ordinaire pour la quasi-totalité des mesures épidémiologiques.

Le droit d’urgence, qui relève du Parlement (art. 165 Cst.), n’aurait pas été une solution réaliste, en particulier dans la première phase de la pandémie, en raison des mesures épidémiologiques qu’il avait été nécessaire de prendre et qui affectaient également le fonctionnement des Chambres fédérales (distanciation sociale). Ces dernières n’avaient pas pu achever la session de printemps 2020. Le 15 mars 2020, les bureaux des conseils avaient pris la décision d’annuler la troisième semaine de session, sur

⁹⁰ Rapport annuel 2022 du CDF, p. 15, disponible à l’adresse www.efk.admin.ch > Publications > Rapports annuels > Rapport annuel 2022; CDF, COVID-19: troisième rapport intermédiaire du 31 juillet 2020 - Mesures de la Confédération (seulement en allemand), p. 38 ss, www.efk.admin.ch > Publications > Economie & administration > Finances publiques et impôts > Archives > 2020 > COVID-19: troisième rapport intermédiaire 31 juillet 2020 (consulté le 12.2.2024)

⁹¹ Rapport intermédiaire du 29 novembre 2023 « Crédits COVID-19 garantis par un cautionnement solidaire », annexé au communiqué « Le Conseil fédéral approuve le rapport intermédiaire sur les crédits COVID-19 garantis par un cautionnement solidaire, www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Communiqués du Conseil fédéral > 29.11.2023

proposition de la Délégation administrative⁹². Dans les phases ultérieures de la pandémie, le Parlement a régulièrement été associé aux travaux législatifs. Le Conseil fédéral était tenu de lui soumettre dans les six mois un projet de loi reprenant les dispositions d'ordonnance fondées directement sur l'art. 185, al. 3, Cst. qui ne devaient pas devenir caduques (voir ch. 5.2.6).

5.2.6 Reprise en droit ordinaire

De nombreuses mesures édictées par le Conseil fédéral au titre du droit de nécessité – de celles qui ne reposaient pas déjà sur une base légale telle que l'art. 26, al. 2, LEp – ont été reprises par la suite dans le droit ordinaire. La plus importante de ces lois est la loi COVID-19. Le 8 avril 2020, le Conseil fédéral a proposé au Parlement d'édicter une loi fédérale urgente en vue de la reprise des dispositions de nécessité qu'il avait arrêtées. Pour pouvoir prolonger la durée de validité d'ordonnances de nécessité fondées sur l'art. 185, al. 3, Cst., il doit en effet soumettre à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de ces ordonnances dans un délai de six mois après leur entrée en vigueur, faute de quoi elles deviennent caduques (art. 7d, al. 2, let. a, LOGA). Le projet de loi COVID-19 contenait des dispositions importantes fixant des règles de droit. Ces dispositions doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst. et relèvent de la compétence de l'Assemblée fédérale en vertu de l'art. 163, al. 1, Cst. Certains auteurs de doctrine ont qualifié la loi COVID-19 de « loi en blanc », car elle contenait essentiellement des normes de délégation. La loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, quant à elle, a formé la base légale qui permettait de reprendre dans le droit ordinaire l'ordonnance du même nom.

Il faut noter qu'au moment de préparer la votation du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19, il a fallu déterminer comment considérer les modifications urgentes apportées à la loi urgente contre laquelle le référendum avait été demandé. Cette question a été traitée dans le rapport du Conseil fédéral du 15 mars 2024 donnant suite au postulat 22.3010 CIP-N « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution. Clarifications »⁹³.

Quelles dispositions faut-il reprendre dans le droit ordinaire ? Telle est la question fondamentale qui se pose lors de la reprise d'ordonnances de nécessité. Si le Parlement décide de reprendre tout le droit de nécessité, celui-ci est pérennisé, ce qui n'est pas sans soulever des questions du point de vue de l'État de droit. Si le législateur, au contraire, fait un compromis en ne reprenant qu'une partie des ordonnances de nécessité au niveau de la loi, cela peut conduire à ce qu'en cas de nouvelle crise, le Conseil fédéral doive de nouveau se fonder directement sur la Constitution pour maîtriser la situation, ce qui est aussi insatisfaisant sur le plan de l'État de droit. Prenons comme

⁹² Voir le rapport de la CIP-N du 27 janvier 2022 sur les initiatives parlementaires 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise », FF 2022 301. ch. 2.2.2.1.

⁹³ www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 22.3010

exemple le recours à la vidéoconférence en procédure civile: l’ordonnance COVID-19 du 16 avril 2020 justice et droit procédural⁹⁴ prévoyait la possibilité de tenir les audiences par vidéoconférence, y compris, à certaines conditions, sans accord des parties. Le code de procédure civile (CPC)⁹⁵, après révision, conservera cette possibilité, toutes les parties devant cependant donner leur accord⁹⁶. La règle choisie préserve mieux les droits des parties et est plus conforme au principe de proportionnalité, mais si la situation se reproduisait, il faudrait de nouveau imposer les audiences par vidéoconférence grâce au droit de nécessité au cas où la LEp ne fournirait pas de base légale pour une telle mesure. Cet exemple montre bien l’équilibre que le législateur doit trouver entre principes de l’État de droit et anticipation lorsqu’il formule les dispositions des lois spéciales applicables en cas de crise (voir ch. 8.2.2).

5.2.7 Réactions

Les mesures prises par le Conseil fédéral pour maîtriser la pandémie de COVID-19 ont profondément affecté la vie sociale, comme jamais depuis la Deuxième Guerre mondiale. D’une part, la maladie elle-même avait de graves conséquences; d’autre part, les mesures primaires prises par le Conseil fédéral et les cantons pour y faire face – en vertu des dispositions applicables en cas de situation particulière pour l’un et du droit cantonal ordinaire pour les autres – restreignaient parfois fortement les droits fondamentaux et bouleversaient la vie de chacun. Les dispositions prises ont permis à la Confédération et aux cantons d’apporter pendant longtemps un soutien financier aux individus et aux entreprises. Mais au fur et à mesure que la situation se prolongeait, les protestations se multipliaient contre le bien-fondé des mesures et contre l’impact de ces dernières sur les libertés individuelles.

L’action de l’État pendant la pandémie mérite donc d’être évaluée. Sous l’aspect du droit de nécessité, elle sera aussi examinée dans le présent rapport en raison des postulats 23.3438 CAJ-N « Recours au droit de nécessité » et 20.3440 Schwander « Article 185 alinéa 1 de la Constitution. Préciser la sphère de protection ». La gestion de la crise par le Conseil fédéral et l’administration a fait l’objet par ailleurs de plusieurs rapports:

- rapport de la Chancellerie fédérale du 11 décembre 2020 concernant l’évaluation de la gestion de crise pendant la pandémie de COVID-19 (1^{re} phase / février - août 2020)⁹⁷;
- rapport de la Chancellerie fédérale du 22 juin 2022 concernant l’évaluation de la gestion de crise de l’administration fédérale pendant la pandémie de COVID-19 (2^e phase / août 2020 - octobre 2021)⁹⁸;

⁹⁴ RO 2020 1229, art. 2,

⁹⁵ RS 272

⁹⁶ Modification du 17 mars 2023 (amélioration de la praticabilité et de l’application du droit), FF 2023 786, art. 141a, (n’est pas encore en vigueur)

⁹⁷ www.chf.admin.ch > Documentation > Aide à la conduite stratégique > Gestion de crises (consulté le 12.2.2024)

⁹⁸ www.chf.admin.ch > Documentation > Aide à la conduite stratégique > Gestion de crises (consulté le 12.2.2024)

- rapport des CdG du 17 mai 2022 « Organisation de crise de la Confédération pour la gestion de la pandémie de Covid-19 (janvier à juin 2020) »⁹⁹;
- avis du Conseil fédéral du 23 septembre 2022 sur le rapport des CdG du 17 mai 2022 « Organisation de crise de la Confédération pour la gestion de la pandémie de Covid-19 (janvier à juin 2020) »¹⁰⁰;
- rapport de la CdG-E du 10 octobre 2023 « Collaboration entre Confédération et cantons pour la gestion de la pandémie de COVID-19 »¹⁰¹;
- rapport de la CdG-N du 30 juin 2023 « Respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19, à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID »¹⁰²;
- avis du Conseil fédéral du 29 septembre 2023 sur le rapport de la CdG-N du 30 juin 2023 « Respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19, à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID »¹⁰³.

Les CdG ont publié d'autres rapports encore sur des aspects spécifiques de la politique de la Confédération en lien avec la pandémie¹⁰⁴.

5.2.8 Évaluation

L'analyse a permis d'identifier des améliorations possibles en vue de la gestion de futures crises¹⁰⁵, notamment un renforcement de l'approvisionnement de crise, l'amélioration de la communication et de la coordination entre parties prenantes et l'efficacité des mesures.

Ces apprentissages déboucheront sur une révision de la LEp et du plan de pandémie. La motion 21.3963 de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national « Présentation d'un projet de révision de la loi sur les épidémies d'ici fin juin 2023 » a échoué le 1^{er} décembre 2022 devant le Conseil des États. Le motif en était néanmoins uniquement le fait que ce conseil trouvait le délai trop ambitieux, d'autant plus que le Conseil fédéral s'était déjà dit disposé à réviser la LEp¹⁰⁶.

⁹⁹ FF 2022 1801

¹⁰⁰ FF 2022 2392

¹⁰¹ FF 2023 2852

¹⁰² FF 2023 1956

¹⁰³ FF 2023 2247

¹⁰⁴ www.parlement.ch > Commissions > Commissions de surveillance > Commissions de gestion > Inspection gestion de la pandémie de COVID-19 (résultats des investigations classés par année de 2021 à 2023)

¹⁰⁵ Rapport de la chancellerie du 11 décembre 2020 concernant l'évaluation de la gestion de crise pendant la pandémie de COVID-19 (1^{re} phase / février - août 2020), rapport de la chancellerie du 22 juin 2022 concernant l'évaluation de la gestion de crise de l'administration fédérale pendant la pandémie de COVID-19 (2^e phase / août 2020 - octobre 2021), rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2023 concernant l'amélioration de l'organisation de crise de l'administration fédérale avec d'autres évaluations, www.chf.admin.ch > Documentation > Aide à la conduite stratégique > Gestion de crises (consulté le 12.02.2024)

¹⁰⁶ BO E 2021 1164 s.

5.3 Sauvetage d’Axpo (2022)

5.3.1 Contexte

Les prix de l’énergie ont connu de fortes hausses en été 2022 suite à la guerre en Ukraine, aux sanctions contre la Russie et aux incertitudes concernant le parc nucléaire français. Les entreprises électriques ont dû fournir des garanties très élevées pour leur propre production vendue à terme¹⁰⁷. Quelques mois plus tôt, le Conseil fédéral avait adopté le message du 18 mai 2022 concernant la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l’électricité d’importance systémique et l’arrêté fédéral portant approbation d’un crédit d’engagement à cet effet¹⁰⁸. Le Parlement a entamé les délibérations sur cette loi en juin 2022, refusant la procédure d’urgence souhaitée par le Conseil fédéral, entre autres arguments parce que ce dernier pouvait au besoin recourir au droit de nécessité¹⁰⁹. Début septembre, le groupe énergétique suisse Axpo s’est trouvé à court de liquidités en raison des garanties à fournir. Le Conseil fédéral a édicté une ordonnance de nécessité pour le secourir. À ce moment-là, plusieurs États, tels l’Autriche, la Suède et la Finlande, ont soutenu leurs fournisseurs d’électricité en allouant des milliards de francs d’aides financières à court terme.

5.3.2 Base constitutionnelle

Le mécanisme de sauvetage du groupe énergétique Axpo se fondait sur la compétence du Conseil fédéral d’édicter du droit de nécessité prévue à l’art. 185, al. 3, Cst.

5.3.3 Ordonnance de nécessité

Le 5 septembre 2022, le Conseil fédéral a pris une ordonnance de nécessité pour faire face à l’aggravation de la situation en matière d’approvisionnement électrique. Il a édicté l’ordonnance sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l’électricité d’importance systémique (OFiEl)¹¹⁰ et le Département fédéral de l’environnement, des transports, de l’énergie et de la communication (DETEC) a rendu une décision allouant une enveloppe financière de 4 milliards de francs à Axpo, préalablement approuvée par la DélFin¹¹¹. L’ordonnance s’inspirait des modalités inscrites dans la loi fédérale urgente du 30 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l’électricité d’importance systémique (LFiEl)¹¹², que le Parlement n’avait pas fini d’examiner.

¹⁰⁷ Communiqué du Conseil fédéral du 6 septembre 2022 « Énergie: le Conseil fédéral active le mécanisme de sauvetage et accorde un crédit-cadre à Axpo », www.admin.ch > Documentation > Communiqués

¹⁰⁸ FF 2022 1183

¹⁰⁹ Voir le communiqué du 6 septembre 2022, nbp 109.

¹¹⁰ RO 2022 492

¹¹¹ Voir le communiqué du 6 septembre 2022, nbp 109.

¹¹² RS 734.91

5.3.4 Motivation

Axpo est un des trois fournisseurs d'électricité d'importance systémique en Suisse, surtout en tant que productrice d'énergie électrique (énergie hydraulique et nucléaire), avec Alpiq et les Forces motrices bernoises. Son effondrement financier aurait eu des conséquences désastreuses, par exemple l'arrêt, au moins momentané, d'une partie de la production d'énergie. La crise aurait aussi pu s'étendre à d'autres fournisseurs liés à Axpo (filiales, partenaires commerciaux, etc.), et elle aurait déstabilisé la totalité du réseau d'électricité en Suisse, qui dépend de l'équilibre entre la production et la consommation (injections dans le réseau et soutirage de courant). La responsabilité de cet équilibre appartient en majeure partie aux grands groupes énergétiques¹¹³. En raison de ces interdépendances, la sécurité de l'approvisionnement en électricité de la Suisse était menacée. Les ruptures d'approvisionnement électrique sont susceptibles de causer d'énormes dommages, notamment économiques, car de nombreuses prestations de service fondamentales dépendent de cette source d'énergie. En accordant cette enveloppe financière, le Conseil fédéral voulait éviter qu'Axpo ne connaisse des problèmes de liquidités qui puissent mettre en péril l'approvisionnement énergétique de la Suisse¹¹⁴.

5.3.5 Autres solutions envisagées

L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) avait mis en chantier la LFiEl en mars 2022, avec le concours de l'AFF et d'autres unités administratives, afin que la Confédération soit prête à temps à faire face à la crise énergétique. Le Parlement a refusé en juin de l'examiner selon la procédure d'urgence. Début septembre, le droit de nécessité était la seule solution possible pour parer au risque décrit plus haut.

5.3.6 Reprise en droit ordinaire

La LFiEl a pour but d'éviter que de brutales augmentations du prix de l'électricité sur le plan international ne déclenchent une réaction en chaîne, au risque d'aboutir à un effondrement du système. Les entreprises suisses du secteur de l'électricité d'importance systémique peuvent obtenir de la Confédération des prêts si elles sont menacées d'illiquidité en raison d'une évolution imprévue des marchés. La LFiEl, déclarée urgente en vertu de l'art. 165, al. 1, Cst., a été examinée en accéléré par le Parlement. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2022, complétée par certaines dispositions plus strictes (interdiction de verser des bonus) inspirées par le cas d'Axpo. La LFiEl, dont la durée de validité est limitée au 31 décembre 2026 en application de l'art. 165, al. 1, Cst. (art. 28 LFiEl) était sujette au référendum au titre de l'art. 141, al. 1, let. b, Cst. (loi fédérale déclarée urgente dont la durée de validité dépasse un an).

¹¹³ Voir RETO WALTHER, Stromversorgungssicherheit: Quelle staatlicher Legitimität und Solidarität?, Schriften zum Energierecht 29, Zurich: Dike, 2024, p. 28 s. et 31.

¹¹⁴ Voir le communiqué du 6 septembre 2022, nbp 109.

Le 5 décembre 2022, le DETEC a adapté sa décision de prêt fondée sur l' OFiEl en fonction de la LFiEl. Le 1^{er} décembre 2023, cette décision a pu être abrogée, Axpo ayant été en mesure de prouver qu'elle n'avait plus besoin des fonds assurés par l'enveloppe financière. Durant toute cette période, l'entreprise n'a pas eu besoin de recourir à une ligne de crédit, ni sous l'empire de l'ordonnance, ni sous l'empire de la loi. Elle n'a donc pas reçu de fonds.

5.3.7 Réactions

L'intervention de la Confédération pour stabiliser rapidement l'approvisionnement énergétique a été bien accueillie. Certains ont toutefois avancé que les mesures prises pouvaient avoir des effets pervers. Des réserves ont été émises quant à la passivité des cantons propriétaires (notamment les cantons de Zurich et d'Argovie) et au fait que la Confédération avait dû agir à leur place. Les critiques n'ont cependant pas entraîné d'ajustements notables dans la LFiEl¹¹⁵.

5.3.8 Évaluation

L'OFEN a entamé l'élaboration de la LFiEl en temps utile. Par la suite, il s'est concentré sur les tâches de surveillance prévues par l'OFiEl puis la LFiEl, afin que les risques pris par la Confédération avec le prêt accordé ne se réalisent pas. Plusieurs cantons qui étaient directement ou indirectement actionnaires d'Axpo ont décidé d'entreprendre une analyse du cas. Ils ont mandaté une entreprise d'audit externe et indépendante. Les résultats de cette analyse sont disponibles et le rapport ne constate aucun défaut majeur chez Axpo¹¹⁶.

Par ailleurs, des travaux sont en cours au niveau fédéral. Le traitement de la motion 22.4132 Herzog « Limiter les risques que représentent pour l'économie nationale les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité » est en cours. Parallèlement, l'administration est en train d'élaborer des projets concrets. L'un d'eux, qui contient des règles sur la gouvernance, les liquidités et le capital propre, devrait remplacer la LFiEl lorsque celle-ci deviendra caduque fin 2026. Le message doit être présenté au Parlement en février 2025. Un autre projet, qui lui sera soumis quelques mois plus tard, vise à garantir la continuité sans interruption de certaines fonctions essentielles telles que la production électrique, y compris en cas de faillite ou de procédure concordataire (gestion de la continuité des activités).

¹¹⁵ Voir par ex. RETO WALTHER, Stromversorgungssicherheit: Quelle staatlicher Legitimität und Solidarität?, Schriften zum Energierecht 29, Zurich: Dike, 2024, p. 20 et 40 s.

¹¹⁶ DELOITTE, Bericht zur Geschäftsführungsprüfung der Axpo (uniquement en allemand), disponible à l'adresse www.axpo.com > About Us > Geschäftsführungsprüfung

5.4 Rachat de Credit Suisse (2023)

5.4.1 Contexte

À la mi-mars 2023, dans un contexte tendu sur les marchés financiers, la perte de confiance de longue date à l'égard de Credit Suisse a fini par être telle que la banque n'aurait pas été capable de poursuivre son activité sans mesures radicales, comme l'a exposé le Conseil fédéral dans son message du 6 septembre 2023 concernant la modification de la loi sur les banques¹¹⁷. Le Conseil fédéral a alors pris un train de mesures afin de soutenir l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Il s'agissait de garantir le succès de la reprise et par là même de préserver la stabilité du système financier suisse¹¹⁸.

5.4.2 Base constitutionnelle

Les mesures prises par le Conseil fédéral se fondaient directement sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. Il n'existait en effet, pour la plupart d'entre elles, aucune base légale ordinaire (notamment dans la LB) sur laquelle s'appuyer. Il est à noter qu'un projet visant la création d'un mécanisme public de garantie des liquidités (*public liquidity backstop*, PLB) avait été annoncé en mars 2022 par le Conseil fédéral¹¹⁹.

5.4.3 Ordonnance de nécessité

Le Conseil fédéral s'est fondé sur la Constitution pour édicter, le 16 mars 2023, l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique¹²⁰ (ci-après « ordonnance CS »). Cette ordonnance contenait les bases juridiques qui permettraient à la Confédération de prendre plusieurs mesures visant à garantir la poursuite de l'activité de Credit Suisse et l'acquisition de cette dernière par UBS, annoncée le 19 mars 2023:

- L'octroi par la BNS d'un prêt supplémentaire de 100 milliards de francs à titre d'aide à Credit Suisse et UBS sous forme de liquidités, assorti d'un privilège en cas de faillite en faveur de la BNS, mais sans garantie étatique de la Confédération (aide extraordinaire sous forme de liquidités, *emergency liquidity assistance*, ELA+).

¹¹⁷ FF 2023 2165 p. 2167

¹¹⁸ Communiqué du Conseil fédéral du 19 mars 2023, « Assurer la stabilité des marchés financiers: le Conseil fédéral approuve et soutient l'acquisition de Credit Suisse par UBS », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 12.2.2024)

¹¹⁹ Communiqué du Conseil fédéral du 10 mars 2022 « Le Conseil fédéral entend mettre en place un nouvel instrument pour renforcer la stabilité du secteur financier », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 12.2.2024)

¹²⁰ RS 952.3

- L’octroi par la BNS d’un prêt de 100 milliards de francs à titre d’aide sous forme de liquidités, assorti d’un privilège en cas de faillite en faveur de la BNS et subordonné à de strictes conditions, avec garantie étatique du risque de défaillance (PLB). Le privilège en cas de faillite et les conditions strictes imposées limitaient nettement le risque pris par la Confédération. La convention de prêt assorti du PLB conclue entre la BNS et Credit suisse a pris fin le 11 août 2023.
- L’octroi à UBS d’une garantie étatique du risque de défaillance pour la vente de certains actifs de Credit Suisse jusqu’à hauteur de 9 milliards de francs. Il s’agissait d’actifs qui ne correspondaient pas à la stratégie d’UBS, mais que cette dernière devait reprendre dans le cadre de la fusion par absorption de Credit Suisse. UBS aurait dans tous les cas supporté les 5 premiers milliards de francs de perte sur ces actifs. Le contrat de garantie conclu entre la Confédération et UBS a pris fin le 11 août 2023.

La FINMA présente les chiffres différemment. Dans son rapport du 19 décembre 2023 « Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS) »¹²¹, elle mentionne des aides « pouvant atteindre 250 milliards de francs ». Sur cette somme, 200 milliards ont été mis à disposition sur la base du droit de nécessité.

Afin de financer ces mesures, le Conseil fédéral a demandé deux crédits d’engagement urgents, qui ont été approuvés par la DélFin.

5.4.4 Motivation

Le Conseil fédéral, la BNS et la FINMA ont dû intervenir d’urgence pour protéger l’économie suisse et prévenir les dommages pour le pays¹²². Le motif de leur action était de garantir la stabilité de l’économie et du système financier suisses¹²³. Laisser s’effondrer sans prendre de mesures une grande banque telle que Credit Suisse aurait été désastreux pour la Suisse, avec un coût important pour l’économie. C’est pourquoi on parle de banque d’importance systémique. La faillite d’une telle banque était susceptible de déstabiliser l’économie et le système financier du pays. La défaillance d’une banque d’importance systémique, qui plus est active sur le plan international, représentait en outre un risque élevé de contagion sur les marchés financiers internationaux.

¹²¹ www.finma.ch > News > Rapport et enseignements de la FINMA sur la crise de Credit Suisse, p. 40 (consulté le 17.3.2024)

¹²² www.efd.admin.ch > Place financière > Acquisition de Credit Suisse par UBS

¹²³ www.efd.admin.ch > Place financière > Acquisition de Credit Suisse par UBS, FAQ Credit Suisse du 9 février 2024 (version actualisée), p. 5

5.4.5 Autres solutions envisagées

Comme le Conseil fédéral l'a exposé dans son message du 29 mars 2023 concernant le supplément Ia au budget 2023¹²⁴, vu les événements précipités de la semaine du 13 mars 2023 et l'urgence qu'il y avait à agir, ni une loi fédérale urgente ni une ordonnance de nécessité du Parlement n'auraient pu aboutir assez rapidement pour permettre de protéger l'économie et le système financier suisses. Sans mesures adéquates, Credit Suisse aurait risqué de se trouver en défaut de paiement au cours de la semaine du 20 mars 2023.

Le 19 mars 2023, le Conseil fédéral disposait de plusieurs solutions pour résoudre la crise rencontrée par Credit Suisse; l'acquisition de Credit Suisse par UBS s'est avérée la meilleure solution pour garantir la stabilité financière et protéger l'économie suisse¹²⁵. Les autres options auraient été les suivantes¹²⁶:

- l'ouverture d'une procédure d'assainissement;
- la liquidation du groupe financier par voie de faillite et le déploiement du plan d'urgence suisse;
- l'acquisition de Credit Suisse par l'État (nationalisation temporaire, *temporary public ownership*).

Les deux premières options auraient pu se fonder sur les instruments prévus par la LB (réglementation *too big to fail*). Le Conseil fédéral les jugeait nettement moins appropriées pour stabiliser la situation. Une nationalisation temporaire aurait également impliqué le recours au droit de nécessité, tout en présentant certains inconvénients de poids¹²⁷.

Dans toutes les options considérées, il aurait fallu que l'État octroie des aides sous forme de liquidités analogues à celles qui ont été fournies et fondées sur du droit de nécessité (voir ch. 5.4.3).

5.4.6 Reprise en droit ordinaire

La reprise de l'ordonnance de nécessité dans le droit ordinaire est en cours, sous forme d'une modification de la LB. Le Conseil fédéral a transmis un message à cet effet le 6 septembre 2023 au Parlement¹²⁸. Certains éléments de l'ordonnance n'ont cependant pas été intégrés dans la loi car toutes les garanties de la Confédération envers Credit Suisse/UBS ont pris fin le 11 août 2023.

¹²⁴ Voir p. 12 du message, www.efv.admin.ch >Rapports financiers > Crédits supplémentaires (consulté le 13.2.2024)

¹²⁵ Message du 29 mars 2023 concernant le supplément Ia au budget 2023, p. 17 s.

¹²⁶ FAQ Credit Suisse du 9 février 2024, p. 9

¹²⁷ Message du 29 mars 2023 concernant le supplément Ia au budget 2023, p. 18

¹²⁸ FF 2023 2165

5.4.7 Réactions

Suite à l'acquisition de Credit Suisse par UBS, le Parlement a décidé d'instituer une commission d'enquête parlementaire (CEP) par l'arrêté fédéral du 8 juin 2023 relatif à l'institution d'une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la gestion par les autorités de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS¹²⁹. L'enquête porte sur la manière dont le Conseil fédéral, l'administration fédérale et d'autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération ont assumé leurs tâches de gestion au cours des dernières années, en amont de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS, pour autant que ces entités soient soumises à la haute surveillance parlementaire. La CEP examine la légalité, l'opportunité et l'efficacité des activités de ces autorités et organes, ainsi que leur collaboration entre eux et avec des tiers.

5.4.8 Évaluation

Vu les réactions du public¹³⁰, le Conseil fédéral a décidé dès fin mars 2023 de faire une analyse des événements liés au rachat de Credit Suisse par UBS et une évaluation complète de la réglementation *too big to fail*. Cette décision se fonde sur l'art. 52 LB, qui enjoint au Conseil fédéral de faire rapport régulièrement à l'Assemblée fédérale sur les banques d'importance systémique¹³¹. Le 10 avril 2024¹³², le Conseil fédéral a publié son dernier rapport sur la stabilité des banques. Celui-ci traite en détail du traitement de la crise de Credit Suisse. Il identifie les mesures à prendre, l'objectif étant de renforcer la résilience et la stabilité des banques d'importance systémique et de la place financière suisse afin de minimiser les risques pour l'économie nationale et les contribuables¹³³.

5.5 Recours au droit de nécessité en lien avec la politique extérieure de la Suisse

5.5.1 Sanctions en général

Le droit de nécessité a également été appliqué dans le domaine de la politique extérieure de la Suisse. La mise en œuvre de sanctions internationales se fondait directement sur la Constitution (art. 102, ch. 8, aCst. puis art. 184, al. 3, Cst.) avant la loi du 22 mars 2002 sur les embargos (LEmb)¹³⁴, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier

¹²⁹ FF 2023 1369

¹³⁰ Voir ch. 5.4.7.

¹³¹ Communiqué du Conseil fédéral du 29 mars 2023 « Adoption d'un message spécial concernant l'ouverture de crédits d'engagement urgents en faveur de la BNS et d'UBS », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 15.2.2024)

¹³² www.efd.admin.ch > Place financière > Rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques

¹³³ www.efd.admin.ch > Place financière > Rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques, résumé du rapport, p. 2

¹³⁴ RS 946.231

2003. Mais il arrive encore que des mesures d'embargo soient prises sous forme de droit de nécessité. Ainsi, l'art. 1, al. 2, LEmb prévoit explicitement que les mesures prises par le Conseil fédéral pour préserver les intérêts du pays conformément à l'art. 184, al. 3, Cst. sont réservées. La LEmb n'interdit donc pas au Conseil fédéral de faire usage de la compétence que lui confère l'art. 184, al. 3, Cst. pour prendre, au besoin, des sanctions, même si celles-ci n'ont pas été préalablement adoptées au niveau international (mesures unilatérales), étant donné que de telles mesures sont en principe autorisées selon les principes généraux du droit international public; cela est expliqué dans le message du 20 décembre 2000 concernant la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales¹³⁵. Il est en particulier appelé à le faire lorsque la reprise de sanctions internationales n'est pas couverte par le champ d'application de la LEmb ou lorsque, sur la base du droit de la neutralité en matière militaire, la Suisse étend certaines restrictions aux deux parties au conflit, dans le sens d'une égalité de traitement.

5.5.2 Blocage de valeurs patrimoniales

Pour bloquer des valeurs patrimoniales d'origine présumée illicite détenues par des personnes politiquement exposées à l'étranger, le Conseil fédéral faisait aussi usage de sa compétence d'édicter des ordonnances de nécessité en vertu de l'art. 184, al. 3, Cst. (anciennement l'art. 102, ch. 8, aCst.) avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 2015 sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (LVP)^{136,137}. Par exemple, début 2011, il s'est fondé sur cette disposition constitutionnelle pour réagir aux événements du Printemps arabe en bloquant les avoirs placés en Suisse des présidents déchus Ben Ali (Tunisie), Moubarak (Égypte) et Kadhafi (Libye)¹³⁸. Il avait bloqué de la même manière des avoirs sur la base de l'ancienne constitution, après la chute du dictateur philippin Ferdinand Marcos, en 1986¹³⁹, et après celle de Mobutu au Congo et de Duvalier à Haïti. Citons également le cas de la destitution du président ukrainien Ianoukovitch au mois de février 2014; le blocage provisoire ordonné par le Conseil fédéral reposait directement sur la Constitution, faute de base légale formelle qui lui aurait permis de prendre cette mesure¹⁴⁰. Le blocage rapide de valeurs patrimoniales d'origine douteuse empêche que celles-ci ne soient retirées de Suisse avant que leur provenance soit clarifiée. Cette mesure donne à l'État d'origine le temps d'ouvrir des enquêtes pénales sur les avoirs en question et d'adresser des demandes d'entraide judiciaire à la Suisse¹⁴¹.

Le recours au droit de nécessité dans ce domaine a été jugé insatisfaisant sous l'angle des principes de l'État de droit et de la légitimité démocratique des mesures¹⁴². L'Assemblée fédérale a donc chargé le Conseil fédéral, par la motion 11.3151 Leutenegger

¹³⁵ FF 2001 1341 p. 1360

¹³⁶ RS 196.1

¹³⁷ Message du 21 mai 2014 relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, FF 2014 5121 p. 5133

¹³⁸ FF 2014 5121 p. 5151 s. et 5128

¹³⁹ FF 2014 5121 p. 5127

¹⁴⁰ FF 2014 5121 p. 5130

¹⁴¹ FF 2014 5121 p. 5152

¹⁴² FF 2014 5121 p. 5122; voir aussi BO 2015 N 994.

Oberholzer « Bloquer les avoirs de potentats renversés », de préparer une base légale formelle en ce sens¹⁴³. Ces travaux ont abouti à l'adoption de la LVP, qui règle certains aspects du blocage, de la confiscation et de la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite au niveau de la loi formelle, ce qui garantit la transparence et la sécurité du droit.

Comme la LVP ne s'applique que dans des situations extraordinaires et à certaines conditions, il est nécessaire que le blocage d'avoirs demeure possible sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst. lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige. La nécessité de faire de telles exceptions doit être examinée au cas par cas.

5.5.3 Interdiction de groupes terroristes

Le 7 novembre 2001, se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance interdisant le groupe « Al-Qaïda » et les organisations apparentées¹⁴⁴. Après avoir été prorogée à trois reprises, en 2003, 2005 et 2008, cette ordonnance a été remplacée le 1^{er} janvier 2012 par l'ordonnance de l'Assemblée fédérale du 23 décembre 2011 interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées¹⁴⁵, dont la durée de validité est arrivée à échéance le 31 décembre 2014¹⁴⁶. Cette ordonnance du Parlement a été reprise sans changement dans une loi fédérale urgente^{147, 148} laquelle avait effet jusqu'au 31 décembre 2018 et a été prorogée par le Parlement jusqu'au 31 décembre 2022¹⁴⁹. La modification des art. 74 de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens)¹⁵⁰ et 260^{ter} du code pénal (CP)¹⁵¹ a rendu inutile la loi urgente¹⁵². L'art. 74, al. 1, LRens autorise le Conseil fédéral à interdire une organisation ou un groupement qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure¹⁵³. Selon l'al. 2, l'interdiction doit cependant se fonder sur une interdiction ou des sanctions prononcées par les Nations Unies. À défaut, le Conseil fédéral peut toujours prononcer une interdiction directement sur la base des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. dans des cas exceptionnels aux limites strictes et à condition que les critères d'urgence et de nécessité soient remplis.

143 FF **2014** 5121 p. 5152

144 RO **2001** 3040 (n'est plus en vigueur)

145 RO **2012** 1 (n'est plus en vigueur)

146 Message du 12 novembre 2014 concernant la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et les organisations apparentées, FF **2014** 8755 p. 8757

147 RO **2014** 4565 (n'est plus en vigueur)

148 FF **2014** 8755 p. 8756

149 Message du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF **2018** 6469 p. 6550 s.

150 RS **121**

151 RS **311.0**

152 FF **2018** 6469 p. 6550 s.

153 Le Conseil fédéral a déjà fait usage de cette possibilité: voir la décision de portée générale du 19 octobre 2022 concernant l'interdiction des groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et des organisations apparentées, FF **2022** 2548.

5.5.4 Mesures de protection à l'encontre de décisions étrangères

La mesure de protection de l'infrastructure boursière suisse prise par le Conseil fédéral en 2019 est un autre exemple du recours au droit de nécessité en lien avec la politique extérieure de la Suisse. L'Union européenne (UE) avait décidé de ne pas prolonger l'équivalence boursière de la Suisse au-delà de juin 2019. En réaction à cette décision, le Conseil fédéral a chargé le DFF d'activer dès le 1^{er} juillet 2019 une mesure visant à protéger l'infrastructure boursière suisse. Le Conseil fédéral avait prévu cette mesure dans son ordonnance du 30 novembre 2018 concernant la reconnaissance de plates-formes étrangères pour la négociation de titres de participation de sociétés ayant leur siège en Suisse¹⁵⁴. Or, cette ordonnance se fonde directement sur l'art. 184, al. 3, Cst. Un projet de reprise du contenu de l'ordonnance dans la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers¹⁵⁵ a été soumis au Parlement. Les deux Chambres l'ont approuvé à l'unanimité (sans abstention) et le délai référendaire est échu en juillet 2023 sans que le référendum ait été demandé. La mesure a été bien accueillie par les milieux politiques, sans rencontrer de résistance ou d'incompréhension. La doctrine n'a pas non plus critiqué le recours à l'art. 184, al. 3, Cst. dans cette affaire.

5.5.5 Droit de nécessité visant à préserver le droit international

Le Conseil fédéral a aussi recours au droit de nécessité pour éviter que la Suisse n'enfreigne le droit international¹⁵⁶. On peut citer comme exemple le cas du Musée Pouchkine en 2005¹⁵⁷. Le Conseil fédéral a décidé, en se fondant sur l'art. 184, al. 3, Cst., que les biens culturels faisant partie de la collection du Musée national russe des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou qui ont été saisis par les autorités du canton du Valais pouvaient quitter le territoire suisse. Le motif de sa décision était que, conformément au droit international public, les biens culturels d'un État font partie du patrimoine public, qui est par principe insaisissable. Le Conseil fédéral exprimait ainsi le fait que la sauvegarde du droit international sert les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et doit être au besoin réalisée au travers du droit de nécessité.

¹⁵⁴ RS 958.2

¹⁵⁵ RS 958.1

¹⁵⁶ La sauvegarde du droit international par le droit de nécessité trouve son pendant dans les cas, évoqués au ch. 9.1.3, où l'on s'interroge sur la légalité d'ordonnances de nécessité contraires au droit international (*contra jus gentium*).

¹⁵⁷ Communiqué du Conseil fédéral du 16 novembre 2005, « Collection du Musée Pouchkine: le Conseil fédéral lève la saisie des tableaux », et décision du Conseil fédéral rendue à cette même date, www.admin.ch > Documentation > Communiqués

5.5.6 Clause générale de police

Il faut établir une distinction entre les cas où le droit de nécessité se fonde formellement sur l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst., et ceux où s'applique la clause générale de police de l'art. 36, al. 1, 3^e phrase, Cst. Ce dernier cas est illustré dans l'affaire examinée par le Tribunal fédéral dans son arrêt 137 II 431. Le tribunal était appelé à se prononcer sur la légalité de la transmission de données bancaires de clients d'UBS aux autorités américaines par la FINMA. Tant le Conseil fédéral que la FINMA avaient présumé que la LB, qui permet à la FINMA, à certaines conditions, d'intervenir en cas de graves problèmes d'une banque (art. 25 LB) et de prendre des mesures protectrices (art. 26 LB), formait une base légale suffisante¹⁵⁸. Le Conseil fédéral n'avait donc pas jugé nécessaire de faire usage de sa compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité. La FINMA avait ordonné à UBS, par décision du 18 février 2009¹⁵⁹, de transmettre immédiatement les données bancaires de certains clients aux autorités de poursuite américaines, et ce par son intermédiaire, en sa qualité d'Autorité de surveillance des marchés financiers¹⁶⁰.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a conclu que le Conseil fédéral et la FINMA avaient invoqué à tort la LB comme base légale. Il a jugé cependant que le présumé erroné du Conseil fédéral, qui pensait agir dans le cadre du droit ordinaire, n'excluait pas un recours (*a posteriori*) à la clause générale de police. Il a relevé que le gouvernement avait confirmé à la FINMA le 18 décembre 2008, donc avant que celle-ci prenne la décision contestée, qu'il l'invitait à prendre *toutes les mesures nécessaires pour éviter le dépôt d'une plainte contre UBS, dans l'intérêt de la stabilité tant du système financier suisse que du système financier international*¹⁶¹. Cela comprenait, selon le Tribunal fédéral, *en cas de nécessité, une atteinte au secret bancaire fondée sur la clause générale de police, dans les limites de l'art. 36 Cst.*¹⁶².

6 Caractérisation des crises

Le droit de nécessité s'applique dans des situations de crise très diverses. Il est difficile de dresser une typologie des crises car celles-ci, par définition, suivent rarement un schéma prédéfini et ne peuvent pas, ou pas uniquement, être gérées à l'aide d'instruments ordinaires. On entend par crise toute situation qui menace de façon grave et imminente des biens juridiques individuels ou collectifs d'importance fondamentale pour l'État, la société ou l'économie, et qui ne peut pas être maîtrisée au moyen des instruments ordinaires.

¹⁵⁸ ATF 137 II 431, p. 443, consid. 3.2.2

¹⁵⁹ Communiqué de la FINMA du 18 février 2009 « La FINMA a permis la conclusion de l'accord intervenu entre UBS et les autorités américaines, et publie les résultats de sa propre enquête », www.finma.ch > News (consulté le 17.3.2024)

¹⁶⁰ ATF 137 II 431, p. 434 s., let. C.b

¹⁶¹ ATF 137 II 431, p. 443, consid. 3.2.2

¹⁶² *Ibid.*

Pour comprendre les difficultés que posent les crises sur le plan législatif¹⁶³, nous présenterons ci-après cinq facteurs permettant de caractériser les crises, notamment celles présentées au ch. 5: 1) l'escalade, 2) la durée, 3) l'amplitude, 4) l'intensité et 5) la probabilité d'occurrence.

6.1 Escalade

La phase d'escalade ou de désescalade peut varier fortement d'une crise à l'autre. Typiquement, les crises qui doivent être gérées par le recours au droit de nécessité sont des situations qui s'aggravent rapidement et qui, en raison des événements qui se précipitent, ne peuvent pas être gérées par les instruments du droit ordinaire. L'escalade est représentée par une courbe. Le droit tente de mettre en place différents paliers, le long de cette courbe naturelle, pour rendre les événements plus prévisibles. La pandémie de COVID-19 a montré que le passage d'une situation normale à une situation particulière puis à une situation extraordinaire n'est pas toujours facile à déterminer. La distinction entre droit ordinaire et droit extraordinaire n'est en effet pas binaire, mais graduelle. Il existe certes des critères clairs qui déclenchent le recours au droit de nécessité, puis marquent la fin de son application, et qui permettent de différencier un régime juridique extraordinaire d'un régime ordinaire, mais ils peuvent difficilement être déterminés de façon générale et abstraite, sans tenir compte du cas concret.

6.2 Durée

Les crises se distinguent également en termes de durée. La crise du COVID-19, qui a été perçue comme une crise durable, se différencie clairement des crises plus ponctuelles comme le sauvetage d'UBS en 2008 ou la reprise de Credit Suisse en 2023. La durée de la crise détermine également les mécanismes de participation et de contrôle. Plus la crise dure, plus les dérogations par rapport au droit ordinaire deviennent graves et plus on a de possibilités d'arrêter des mesures par voie législative ordinaire. Conformément au droit constitutionnel, les ordonnances de nécessité peuvent rester en vigueur tant que durent les troubles ou menaces graves, mais tout au plus jusqu'à ce que le Parlement élabore une base légale¹⁶⁴.

6.3 Amplitude

Une crise peut ne porter que sur un seul secteur ou en toucher plusieurs. Même si une crise part d'un secteur donné (santé, énergie, finances), elle peut par la suite en affecter d'autres. L'amplitude d'une crise peut également être géographique, une zone donnée pouvant être touchée plus ou moins fortement à certains moments. Sans oublier qu'en raison de la globalisation et des interactions entre les États, les crises acquièrent rapi-

¹⁶³ IRINA LEHNER/CAROLINE RAUSCH/LEA INA SCHNEIDER/ANNA ELISA STAUFFER (édit.), *Recht in der Krise*, sui generis Verlag, Zurich 2022

¹⁶⁴ KÜNZLI, *Basler Kommentar*, n^{os} 43 s. ad art. 185 Cst.

dement une dimension internationale par le jeu des interdépendances et des réactions en chaîne, ce qui a également des conséquences sur le droit de nécessité à édicter, en lien notamment avec des efforts de coordination et de coopération.

6.4 Intensité

Les crises ont des effets variables sur les différents groupes de personnes et leurs droits. Certaines peuvent avoir des répercussions directes et graves sur la santé et la vie des citoyens et demander des mesures restrictives de liberté. D'autres, qui touchent des intérêts économiques ou politiques, n'ont pas d'effets immédiats sur les droits fondamentaux. Une crise économique peut toutefois elle aussi déployer des effets graves sur les droits fondamentaux même s'ils ne sont qu'indirects. Conformément au droit constitutionnel, le Conseil fédéral ne peut pas prendre de mesures relevant de l'État-providence qui sont destinées à lutter contre une situation problématique qui n'est pas suffisamment grave, même si elles sont souhaitables du point de vue politique¹⁶⁵.

6.5 Probabilité d'occurrence

Les crises se caractérisent également par la probabilité de leur survenance. Il faut tenir compte du fait qu'une pandémie ou une crise économique risque de se reproduire à intervalles plus ou moins réguliers. D'autres types de crise sont plus difficiles, voire impossibles à prévoir. Conformément au droit constitutionnel, le recours au droit de nécessité ne se justifie que dans une situation qui entraînerait avec une vraisemblance suffisante des préjudices touchant des biens juridiques fondamentaux, si on laissait les choses suivre leurs cours¹⁶⁶.

6.6 Synthèse

La caractérisation des crises en fonction de leur dynamique d'escalade, de leur durée, de leur amplitude, de leur intensité et de leur probabilité d'occurrence peut fournir des indications sur le recours au droit de nécessité:

- la courbe d'escalade puis de désescalade de la crise détermine à partir de quand et jusqu'à quand le droit de nécessité s'applique;
- la durée de la crise peut déterminer les mécanismes de participation et de contrôle à prévoir lors de l'édiction du droit de nécessité;

¹⁶⁵ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, PJA 2020, p. 685 à 701, p. 695; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 115 ad art. 185 Cst.

¹⁶⁶ ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, ZBJV 2011, p. 261 ss, p. 292; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 116 ad art. 185 Cst.

- l’amplitude de la crise définit quels acteurs institutionnels ou privés devront collaborer en vue de maîtriser la crise;
- l’intensité possible d’une crise pouvant affecter un secteur donné doit être prise en compte dans la gestion des risques et dans la gestion de la continuité des activités et peut impliquer la nécessité de faire des évaluations sommaires des effets;
- la probabilité de la survenance d’une crise impacte en particulier la question de savoir si la crise peut et doit être anticipée par l’adoption de bases légales visant à prévenir ou gérer une crise, comme dans la LEp ou la LFiEl ou comme les dispositions *too big to fail*; légiférer permet d’éviter le recours au droit de nécessité.

7 Équilibre à trouver entre efficacité et légitimité

L’efficacité et la légitimité de l’action étatique sont deux objectifs apparemment contradictoires qui posent les bases et les limites du droit de nécessité définies aux ch. 8 et 9. Le recours au droit de nécessité est un enjeu politique de taille: il s’agit de trouver le juste équilibre entre, d’une part, la sauvegarde de la capacité d’agir de l’État en temps de crise et, d’autre part, la légitimité de son action. Le Conseil fédéral doit pouvoir réagir de façon efficace en cas de crise, tout en respectant les principes de l’État de droit. Ce sont deux éléments déterminants pour la crédibilité des mesures qu’il adopte et leur acceptation.

D’une part, il est important que le Conseil fédéral n’invoque sa compétence constitutionnelle d’édicter du droit de nécessité que dans des cas exceptionnels, faute de quoi il saperait l’État de droit. D’autre part, il faut éviter qu’une interprétation trop stricte de sa compétence l’empêche d’agir et de remplir correctement son devoir de protéger les biens juridiques fondamentaux des citoyens. Certaines restrictions aux libertés peuvent renforcer les obligations de protection. Par exemple, les fermetures d’entreprises, qui constituent une restriction à la liberté économique, peuvent justifier des mesures simplifiées de chômage partiel, de compensation de la perte de gain ou de crédit, qui constituent une sorte de compensation pour cette restriction. En cas de crise, justement, le Conseil fédéral doit disposer d’instruments lui permettant d’accomplir le devoir que lui confère la Constitution de protéger l’État et les droits fondamentaux – l’efficacité et la légitimité de son action en dépendent.

7.1 Efficacité

Lorsque le Conseil fédéral édicte et applique le droit de nécessité, il doit tenir compte de différents enjeux qui ont une influence sur sa capacité d’action et sur l’efficacité des mesures qu’il prend. Les collaborateurs doivent être sensibilisés, préparés et formés à ces enjeux:

- **Information:** il est essentiel de disposer d’informations *avant* la crise pour prendre des mesures de prévention et évaluer s’il est nécessaire de recourir au

droit de nécessité, et si oui à partir de quel moment. Il faut aussi disposer d'informations *pendant* la crise pour avoir de bonnes bases de décision permettant de définir les mesures à prendre. Il est important de pouvoir relier les informations provenant de sources différentes. Enfin, il est décisif de disposer d'informations *après* la crise pour analyser le recours au droit de nécessité et mettre en œuvre un processus d'apprentissage.

Il ne suffit pas de rassembler les informations nécessaires avant, pendant et après la crise, il faut aussi les mettre à la disposition des décideurs et des parties prenantes – que ce soit le Conseil fédéral, le Parlement, les cantons, les milieux scientifiques ou économiques ou la société civile – au bon moment pour qu'ils puissent accomplir leurs tâches et comprendre les mesures. Garantir la bonne qualité et la fiabilité des données importe plus que la quantité, mais à l'époque des médias sociaux et du recours à l'intelligence artificielle, cette tâche n'est pas aisée.

- **Coordination:** les crises déploient régulièrement des effets au-delà du secteur initialement touché et ne peuvent être jugulées que si toutes les parties prenantes coopèrent. C'est pourquoi les mesures de nécessité doivent être coordonnées entre les offices et les départements, et prises d'entente avec les cantons et le Parlement. Lorsque la crise intervient dans un contexte international, il faut aussi prévoir une coordination avec les autorités étrangères.
- **Ressources financières et personnel:** il faut pouvoir mobiliser suffisamment de ressources financières et de personnel dans l'urgence pour gérer les crises, afin que des décisions puissent être prises et mises en œuvre très rapidement. Les offices doivent disposer de ressources suffisantes, y compris pour l'accompagnement législatif. Lors des crises passées, le recours à des structures et à des processus existants s'est souvent avéré efficace.
- **Communication:** l'organe de gestion de la crise doit informer de façon claire, uniforme et cohérente pour que le public puisse comprendre les mesures, juger de leur crédibilité, y adhérer et les appliquer¹⁶⁷. La pandémie de COVID-19 a mis en évidence cet enjeu¹⁶⁸. Il est important de répondre de façon adéquate à l'énorme besoin d'information et de transparence venant de l'extérieur (par ex. communication proactive avec le public et le Parlement, demandes fondées sur la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence [LTrans])¹⁶⁹, sans pour autant diminuer les ressources nécessaires à la gestion de la crise. Il peut cependant s'avérer indispensable, en fonction de la crise, de garder une mesure secrète pour que l'intervention de l'État n'entraîne pas une accélération des événements (voir reprise de Credit Suisse).

Ce sont là des enjeux importants du point de vue de l'administration fédérale, dans l'optique de garantir à la fois la capacité d'agir du Conseil fédéral et l'efficacité des mesures. Pour la population, le droit de nécessité comporte d'autres enjeux en termes de légitimité de l'action étatique.

¹⁶⁷ STEFAN HÖFLER, *Notrecht als Krisenkommunikation?* PJA 2020, p. 702 à 709

¹⁶⁸ Voir HELEN KELLER/RETO WALTHER, *20 Jahre neue Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?*, RDS 140 2021, p. 259 ss, p. 273 s.

¹⁶⁹ RS 152.3

7.2 Légimité

L'application du droit de nécessité pose des défis en ce qui concerne le respect des principes constitutionnels fondamentaux. La démocratie, le fédéralisme, les droits de l'homme ou encore l'État de droit sont mis à l'épreuve, et ce sur différents plans:

- droits de participation du Parlement;
- compétences des cantons;
- protection juridique.

Une gestion efficace des crises ne doit en aucun cas saper l'État de droit. Il faut prendre au sérieux les risques liés à un transfert, même provisoire, du pouvoir institutionnel.

Concrètement, au plan institutionnel, il y a un transfert du pouvoir, limité dans le temps, en faveur de la Confédération, et plus précisément du Conseil fédéral¹⁷⁰. Le recours au droit de nécessité pour écarter un danger imminent restreint provisoirement la marge de manœuvre des cantons (transfert vertical des compétences) et celle du Parlement (transfert horizontal).

Les questions de transfert horizontal des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral en situation de crise ont été approfondies lors des travaux liés à la mise en œuvre de l'initiative parlementaire 20.437 CIP-N « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise ». Il s'agissait de régler la convocation et l'interruption de sessions ordinaires ou extraordinaires, de prévoir la possibilité de siéger ailleurs qu'à Berne (le cas échéant également en ligne), de préciser le recours aux outils parlementaires en temps de crise (notamment en ce qui concerne les délais) et de permettre l'organisation de séances de commission virtuelles. Nous renvoyons dans ce contexte au rapport du 27 janvier 2022 de la CIP-N sur les initiatives parlementaires 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise »¹⁷¹ ainsi qu'à l'avis du Conseil fédéral du 16 février 2022 concernant le rapport de la CIP-N¹⁷².

Des questions de transfert vertical des compétences entre les cantons et la Confédération se sont posées en particulier lors de la crise du COVID-19¹⁷³. Le Conseil fédéral a analysé les effets de la crise sur le fédéralisme dans son rapport du 15 décembre 2023 en exécution du postulat 20.4522 Cottier « Le fédéralisme à l'épreuve des crises: les leçons à tirer de la crise du COVID-19 »¹⁷⁴. Le postulat chargeait le Conseil fédéral

¹⁷⁰ ANDREAS STÖCKLI/EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Gewaltenteilung in Pandemiezeiten, NZZ vom 26. Mai 2000, p. 8; ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, Pandemie und Recht: Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise, p. 9 ss

¹⁷¹ FF 2022 301

¹⁷² FF 2022 433

¹⁷³ EVA MARIA BELSER, Managing the Coronavirus Pandemic in Switzerland, How federalism went into emergency mode and struggled to get out of it, in: Comparative Federalism and Covid-19, 2021

¹⁷⁴ www.parlament.ch > Travail parlementaire > 20.4522 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire

d'analyser le fonctionnement des mécanismes du fédéralisme dans le cadre de la crise du COVID-19 ainsi que les avantages et inconvénients du fédéralisme en situation de crise. Le Conseil fédéral était également chargé de proposer des améliorations au plan institutionnel ou organisationnel dans le domaine de la collaboration fédérale en vue de maîtriser les crises sanitaires ou autres. Le Conseil fédéral a approfondi six domaines thématiques, mis en évidence dans d'autres rapports d'évaluation, jugés essentiels pour la collaboration entre la Confédération et les cantons: l'organisation de crise, la coordination, la responsabilité financière, l'information et la consultation, la communication et les formations et exercices¹⁷⁵. Des mesures d'amélioration ont déjà été prises dans ces six domaines¹⁷⁶.

En plus de la compétence que la Constitution confère au Conseil fédéral d'édicter des ordonnances de nécessité, le droit cantonal comporte également des dispositions de nécessité visant à gérer les crises, auxquelles peuvent recourir les gouvernements cantonaux¹⁷⁷. Les règles générales de partage des compétences entre la Confédération et les cantons s'appliquent en principe. L'édiction d'ordonnances de nécessité par le Conseil fédéral ne signifie donc pas automatiquement que la Confédération sera compétente dans tous les domaines et que les cantons – qui sont en temps normal souverains en matière de police – ne disposeront plus de la compétence (ponctuelle) de prendre des mesures ou d'édicter des règles¹⁷⁸. Pour maîtriser une crise, il est primordial que le droit de nécessité fédéral et le droit de nécessité cantonal soient bien coordonnés et que les autorités coopèrent étroitement.

Des contrôles réciproques et des contreponds institutionnels tant dans la relation (horizontale) entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale que dans la relation (verticale) entre la Confédération et les cantons sont déterminants pour la *confiance* que les mesures du Conseil fédéral inspireront à la population. La relation qui unit le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, d'une part, et la Confédération et les cantons, d'autre part, surtout en période de crise, ne doit cependant pas être définie exclusivement en termes de partage de compétences et de contrôles réciproques, mais aussi comme une coopération. C'est ce qui ressort notamment des analyses et appels en faveur d'une séparation coopérative des pouvoirs¹⁷⁹ et d'un fédéralisme coopératif¹⁸⁰, ces notions et leur contenu ou leur portée faisant toutefois l'objet de controverses.

À l'échelon des individus, le recours au droit de nécessité implique des restrictions des droits fondamentaux et des droits de l'homme et une réduction de la protection juridique¹⁸¹. À cet égard, un fond de scepticisme et un regard critique sur l'application

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 2

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 2

¹⁷⁷ STEFANIE RUSCH / BERNHARD WALDMANN, Kantonale Notrechtssysteme, in: Jusletter du 3 juin 2024; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 79 ad. art. 185 Cst.

¹⁷⁸ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 79 ad. art. 185 Cst. ; RALPH TRÜMLER/FELIX UHLMANN, Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Bâle 2020, p. 567 ss, n° 28 s.

¹⁷⁹ CHRISTOPH ERRASS, Kooperative Rechtssetzung, Zurich/St-Gall 2010.

¹⁸⁰ TOBIAS JAAG, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: PJA 2013, p. 774 ss.

¹⁸¹ DANIEL MÖCKLI, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBI 121 (2020), p. 237 s.

du droit de nécessité sont de mise. Il en découle un besoin accru de transparence, qui, s'il est satisfait, peut renforcer la confiance et la légitimité du droit de nécessité.

Les situations de crise sont synonymes de danger pour la protection des droits de l'homme, et ce à double titre: d'une part, la crise elle-même induit un risque accru de violation de ces droits étant donné que l'État n'est guère en mesure de remplir son obligation de protection; d'autre part, les mesures prises pour maîtriser la crise peuvent elles aussi entraîner des violations. Le Conseil de l'Europe souligne la nécessité d'adopter une approche fondée sur les droits humains lors de la réponse à une crise et a soumis au Comité des Ministres un projet de recommandation sur la protection efficace des droits humains en situation de crise¹⁸². Le principe de proportionnalité exige de prévoir des mesures de protection compensatoires en cas d'atteintes graves à la liberté. Le principe de prévention est ainsi pris en compte.

7.3 Synthèse

L'administration fédérale doit s'attendre à ce que la Suisse soit confrontée à de nouvelles crises. Elle doit donc pouvoir compter sur un système efficace de gestion des crises, qui tienne compte du recours au droit de nécessité. Le droit de nécessité doit faire partie intégrante de la gestion des risques des offices et de la gestion de la continuité des activités. Il doit figurer dans le système de gestion des risques en tant que risque menaçant l'État de droit et ayant des effets potentiels sur la confiance qu'inspirent les institutions étatiques à la population et aux partenaires étrangers (dommage immatériel à la réputation). La gestion de la continuité des activités doit quant à elle garantir que les ordonnances de nécessité pourront également être édictées si le personnel fait défaut, que les bâtiments sont inaccessibles ou que les technologies de l'information ne fonctionnent pas. Il faut aborder les défis que pose le recours au droit de nécessité sur les plans de l'information, de la coordination, de l'urgence, des ressources et de la communication (voir ch. 7.1). Il faut notamment garantir le flux des informations et définir clairement les responsabilités en cas de crise. L'information du public est un autre aspect central de la gestion des crises, car elle augmente la légitimité et l'efficacité des mesures.

Dans son avis du 29 septembre 2023 sur le rapport de la CdG-N du 30 juin 2023 « Respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19 à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID »¹⁸³, le Conseil fédéral relève qu'il est nécessaire de disposer d'un système de gestion des crises dans le domaine législatif. Il propose que les structures et les processus des offices chargés d'élaborer des projets législatifs en période de crise fassent l'objet

¹⁸² Projet de Recommandation du Comité des Ministres sur la protection efficace des droits humains en situation de crise du 10 janvier 2024, CDDH-SCR(2024)01, rm.coe.int > Coopération intergouvernementale en matière de droits humains > Nouveaux enjeux sociétaux > Droits humains en situations de crise (CDDH-SCR > 6^e réunion 31 janvier – 2 février 2024 > CDDH-SCR(2024)R6 Addendum projet de Recommandation du Comité des Ministres sur la protection efficace des droits humains en situation de crise et son projet de rapport explicatif (consulté le 18.3.2024)

¹⁸³ FF 2023 2247

d'un examen¹⁸⁴. Il s'agit notamment de garantir le flux d'informations entre les autorités fédérales impliquées et l'accès aux informations permettant de faire une analyse juridique de la situation¹⁸⁵. Les offices chargés de préparer des projets législatifs en temps de crise doivent en outre pouvoir compter sur suffisamment de juristes expérimentés¹⁸⁶. Le Conseil fédéral estime important que les questions juridiques soient prises en compte dès la conception des mesures. Il ressort clairement de son avis qu'il est impératif de prendre en compte l'éventualité d'adopter du droit de nécessité dans la gestion des risques et dans la gestion de la continuité des activités.

8 Fondements juridiques du droit de nécessité

Pour édicter du droit de nécessité, le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst. (ordonnances dites indépendantes) ou se prévaloir d'une norme de délégation contenue dans une loi spéciale (ordonnances dites dépendantes). Dans le premier cas de figure, il s'agit de droit de nécessité fondé directement sur la Constitution, dans le second, il s'agit de dispositions relatives à la gestion de crise qui figurent dans une loi spéciale et qui habilent le Conseil fédéral à édicter des ordonnances dans une situation extraordinaire. Il ne s'agit pas de droit de nécessité au sens strict dans ce dernier cas. Il existe encore un troisième cas de figure: celui où le droit de nécessité est édicté sans base constitutionnelle pour assurer la sécurité de l'État¹⁸⁷. Le présent rapport ne porte pas sur le droit de nécessité extraconstitutionnel.

Droit de nécessité extra-constitutionnel	Droit de nécessité intra-constitutionnel	Droit de nécessité fondé sur une loi spéciale
Droit de nécessité « proprement dit » qui peut être édicté <i>sans</i> base constitutionnelle lorsque l'État se trouve dans un état de nécessité ou dans une situation menaçant son existence.	Ordonnances de nécessité qui se fondent sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.	Ordonnances que le Conseil fédéral peut édicter en se fondant sur les dispositions relatives à la gestion de crise contenues dans une loi spéciale.

8.1 Constitution

Pour que le Conseil fédéral puisse faire usage de la compétence que lui confèrent les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst, il doit y avoir une situation de nécessité. Une *situation de nécessité* présuppose qu'il y ait un bien juridique à protéger, qu'il y ait urgence et nécessité matérielle et que le droit de nécessité s'applique à titre subsidiaire par rapport au droit en vigueur. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le danger doit

184 FF 2023 2247

185 *Ibid.*

186 *Ibid.*

187 GONIN, CR Cst., n° 11 ad art. 185 Cst.

menacer un bien juridique essentiel de façon concrète, grave et directe¹⁸⁸. Sont jugés essentiels les biens juridiques qui sont d'importance vitale pour l'État ou pour un nombre suffisant de particuliers. En cas de danger public, l'art. 15 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹⁸⁹ ou l'art. 4 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)¹⁹⁰ autorisent les parties contractantes à prendre des mesures dérogeant à leurs obligations, à l'exception des garanties fondamentales mentionnées expressément.

8.1.1 Biens protégés

Si l'art. 184, al. 3, Cst., portant sur la politique extérieure, est formulé de manière très générale en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts du pays et confère une grande marge de manœuvre au Conseil fédéral, l'application de l'art. 185, al. 3, Cst. est liée à la protection d'intérêts spécifiques:

- l'art. 184, al. 3, Cst. présuppose que les « relations avec l'étranger » sont mises à mal et que « la sauvegarde des intérêts du pays » exige l'intervention du Conseil fédéral;
- l'art. 185, al. 3, Cst. demande que le droit de nécessité soit édicté en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement « l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ».

Les conditions de l'art. 185, al. 3, Cst. seront présentées plus en détail étant donné qu'elles sont plus restrictives que celles de l'art. 184, al. 3, Cst.¹⁹¹ « L'ordre public » et la « sécurité extérieure ou la sécurité intérieure » sont incontestablement des biens de police classiques, à l'instar de la vie et de l'intégrité corporelle, de la santé, des bonnes mœurs ou encore de la bonne foi en affaires. La question de savoir si, et si oui dans quelle mesure, d'autres biens juridiques ou d'autres intérêts peuvent justifier que le Conseil fédéral édicte du droit de nécessité, n'a pas encore été entièrement clarifiée dans la doctrine¹⁹². Les avis diffèrent et peuvent être représentés comme suit.

¹⁸⁸ ATF 137 II 431, consid. 3.3.2

¹⁸⁹ RS 0.101

¹⁹⁰ RS 103.2

¹⁹¹ Réponse du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant l'interpellation 09.3729 Janiak « Recours du Conseil fédéral au droit de nécessité », www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 09.3729 ; avis du Conseil fédéral du 17 juin 2009 sur le rapport de la DélCdG du 19 janvier 2009 « Affaire Tinler: gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées », FF 2009 4551 p. 4554 s.

¹⁹² Pour une approche restrictive, voir BIAGGINI, « Notrecht » in *Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV*, ZBI 2020, p. 239 à 267, p. 257. Pour une approche plus large, voir BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, *Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage*, PJA 2020, p. 685 à 701, p. 694. Voir également la synthèse de GONIN, CR Cst., n° 119 ad art. 185 Cst., qui tend vers une interprétation restrictive.

Protection des biens de police uniquement	Protection d'autres biens juridiques	Protection d'autres intérêts sociétaux
Le droit de nécessité n'est admissible que pour protéger des biens de police comme la vie et l'intégrité corporelle, la liberté, la propriété, la santé publique, l'ordre public et les bonnes mœurs ainsi que la bonne foi en affaires.	Le droit de nécessité peut également être édicté pour protéger d'autres biens juridiques individuels ou collectifs (par ex. domaine secret et sphère privée, famille, paix publique, puissance publique, volonté populaire, administration de la justice).	Le recours au droit de nécessité se justifie à chaque fois que le fait de ne pas le faire semble irresponsable du point de vue sociétal.

Suite aux mesures prises par le Conseil fédéral pour sauver UBS en 2008, l'étendue admissible des biens à protéger a été élargie par le Conseil fédéral, par les tribunaux et par les auteurs de doctrine, et ne couvre plus uniquement les biens de police.

- Dans son message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse¹⁹³, le Conseil fédéral a estimé, en lien avec la recapitalisation d'UBS, que « les conséquences graves qu'aurait la défaillance d'une grande banque pour l'économie suisse » étaient des dangers menaçant l'État et la société qui justifiaient son intervention étant donné que la crise financière recelait un potentiel de troubles et de dommages au moins équivalent à celui d'autres situations d'exception telles que les désordres graves, les menaces militaires, les catastrophes naturelles ou les épidémies¹⁹⁴.
- Le Tribunal fédéral considère qu'un bien juridique essentiel doit être mis en danger de façon concrète, grave et directe¹⁹⁵. Il définit comme essentiel tout bien juridique qui est d'une importance fondamentale pour l'État ou pour un nombre suffisant de particuliers. Il conclut que dans des situations extraordinaires, la stabilité économique et la protection des marchés financiers peuvent aussi représenter un bien digne de protection étant donné qu'elles englobent des biens de police classiques, comme la propriété ou la bonne foi en affaires, qui seraient fortement lésés en cas d'effondrement du système financier¹⁹⁶.
- Les auteurs de doctrine sont majoritairement d'avis, depuis l'affaire UBS, que les compétences du Conseil fédéral pour édicter des ordonnances de nécessité ne se limitent pas à la protection des biens de police. La question de savoir jusqu'où peut aller l'interprétation des notions de sécurité intérieure, de sécurité extérieure et d'ordre public fait toutefois encore débat; selon certains auteurs, le recours au droit de nécessité se justifie lorsque le fait de ne pas inter-

¹⁹³ FF 2008 8027

¹⁹⁴ FF 2008 8027 ch. 2.3.6.2 en rel. avec le ch. 1.2

¹⁹⁵ ATF 137 II 431, consid. 3.3.2

¹⁹⁶ ATF 137 II 431, consid. 4.1

venir serait considéré comme une solution irresponsable du point de vue social¹⁹⁷.

La manière dont la protection des biens de police a été concrétisée dans les situations de crise passées montre que cette notion est variable. Elle change en fonction de la situation, du lieu et de l'époque. Il est évident que de nouveaux dangers n'entraînent pas automatiquement la définition de nouveaux biens de police. Néanmoins, en cas de consensus social, un bien donné peut très bien être érigé au rang de bien juridique digne de protection¹⁹⁸.

Le Conseil fédéral est d'avis que son droit d'édicter du droit de nécessité en vertu de l'art. 185, al. 3, Cst. n'est pas obligatoirement lié à la protection de biens de police. Ainsi, les efforts argumentatifs en vue d'une interprétation évolutive et extensive de la notion de bien de police sont superflus lorsqu'il s'agit de savoir *si* le droit d'urgence peut être édicté. Lors de l'examen de *quelles* mesures sont appropriées, nécessaires et proportionnelles dans un cas concret, la nature des biens juridiques concernés joue un rôle. Ainsi, selon la doctrine dominante, un intérêt public d'importance systémique habilite le Conseil fédéral à édicter du droit de nécessité¹⁹⁹; les notions de sécurité intérieure, de sécurité extérieure et d'ordre public au sens de l'art. 185, al. 3, Cst. couvrent également des biens à protéger qui ne sont *pas* des biens de police, à la condition qu'ils soient d'une importance fondamentale²⁰⁰. Selon ces auteurs, il faut toutefois éviter d'interpréter de façon trop extensive la notion de bien fondamental si l'on veut préserver le rôle limitatif des notions de sécurité intérieure, de sécurité extérieure et d'ordre public. En outre, si le bien fondamental à protéger au sens de l'art. 185, al. 3, Cst. n'est pas limité du point de vue thématique, il doit revêtir une importance pour la société; l'importance systémique l'emporte sur le contenu matériel. La réglementation *too big to fail* repose ainsi sur la notion d'importance systémique. La mission de l'État n'est pas de protéger tous les intérêts importants pour la société, mais seulement ceux qui sont protégés par l'ordre juridique.

8.1.2 Nécessité matérielle et urgence

Il y a *nécessité matérielle* lorsque des biens juridiques fondamentaux seraient lésés avec une vraisemblance suffisante si aucune mesure fondée sur le droit de nécessité n'était prise²⁰¹. Il n'est pas admissible d'adopter des mesures préventives abstraites pour empêcher une réaction en chaîne théorique ou redoutée. Le danger menaçant le bien juridique doit être *concret*. Le Tribunal fédéral reconnaît toutefois que le Conseil fédéral qui édicte du droit de nécessité applique une perspective *ex ante*, qui implique de par sa nature certaines erreurs d'appréciation ou une surévaluation du danger à écarter²⁰².

¹⁹⁷ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 108 ad art. 185 Cst.

¹⁹⁸ ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, p. 261 ss, p. 267

¹⁹⁹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 108 ad art. 185 Cst.

²⁰⁰ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 113 ad art. 185 Cst. et les références citées.

²⁰¹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 116 ad art. 185 Cst.

²⁰² ATF 137 II 431, consid. 4.3.2

Faire une analyse correcte de la situation de fait est une des grandes difficultés de l'évaluation *ex ante*. Cette analyse nécessite des connaissances spécialisées. Même si la question de la nécessité matérielle est une question normative, elle dépend fortement des informations disponibles, de la manière dont elles sont traitées et présentées et de leur interprétation. Pour démontrer la nécessité de prendre des mesures efficaces et coordonnées, on recourt souvent à un narratif de crise. Celui-ci doit être fondé sur des faits et rester objectif, même si, du point de vue de la gestion des crises, il faut toujours avoir à l'esprit le scénario du pire²⁰³.

Il y a *urgence* lorsque la nécessité de prendre des mesures découle de l'imminence de l'événement dommageable. C'est le cas notamment lorsque l'adoption de normes légales par la voie législative ordinaire ne suffirait pas à empêcher l'événement en raison de la lenteur de la procédure²⁰⁴. La durée de la procédure législative est déterminante²⁰⁵. Ce critère se superpose au critère de subsidiarité. Étant donné que le droit est tout d'abord un instrument *réactif* de résolutions de problèmes, son efficacité est limitée dans un monde caractérisé par des changements rapides. Légiférer de façon proactive, avec des scénarios hypothétiques, comporte cependant des risques non négligeables pour la protection des libertés individuelles et pour la sécurité du droit.

La globalisation croissante et les fortes interdépendances qui en découlent accélèrent la propagation des risques et les effets en chaîne qui influencent l'évaluation de l'urgence et de la nécessité matérielle²⁰⁶.

8.1.3 Subsidiarité

En vertu du principe de subsidiarité, le Conseil fédéral ne peut édicter du droit de nécessité que si le droit ordinaire ne prévoit pas de mesures adaptées et suffisantes pour empêcher la mise en danger ou la perturbation du bien protégé concerné. En d'autres termes, il ne doit pas avoir à sa disposition d'autres mesures, fondées sur le droit ordinaire, permettant de gérer la situation extraordinaire²⁰⁷. Cette règle vise en particulier à empêcher que le Conseil fédéral ait recours à ses compétences constitutionnelles alors que le législateur a réglé la situation de crise en question de façon claire et définitive.

L'adoption de droit de nécessité est en principe limitée à des situations de crise inattendues. Les situations prévisibles devraient être réglées par le législateur. Même si l'imprévisibilité du danger n'est plus considérée par la jurisprudence ou la doctrine dominante comme une condition préalable au recours au droit de nécessité²⁰⁸, la ques-

²⁰³ Voir à ce propos: SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 66 ad art. 185 Cst.

²⁰⁴ ATF 57 I 266, p. 275 ; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 120 ad art. 185 Cst.

²⁰⁵ FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, PJA 2020, p. 685 ss, p. 689 s.

²⁰⁶ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 66 ad art. 185 Cst.

²⁰⁷ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 123 ad art. 185 Cst.

²⁰⁸ ATF 137 II 431, consid. 3.3.2, p. 445 ; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 123 ad art. 185 Cst.; JÖRG KÜNZLI in: BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (édit.), Bundesverfassung, 1^{re} éd., Bâle 2015 (ci-après: KÜNZLI, Basler Kommentar), n° 28 ad art. 185 Cst.

tion de savoir si le législateur pouvait prévoir la crise reste un élément à prendre en compte lors de la pesée des intérêts²⁰⁹. Le Tribunal fédéral a demandé à répétées reprises, pour respecter les principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, que la clause générale de police soit limitée à de vraies urgences imprévisibles²¹⁰ et qu'elle ne puisse pas être invoquée en cas de dangers typiques et identifiables qui n'ont pas été réglés par le législateur alors qu'il avait connaissance du danger. Le Tribunal fédéral a souligné que même en cas d'inaction du législateur, l'État ne saurait renoncer à protéger certains biens juridiques fondamentaux ou biens de police si ces biens font l'objet d'une obligation de protection de sa part²¹¹. Le Conseil fédéral doit assumer l'obligation de l'État de protéger les biens juridiques fondamentaux, indépendamment de la question de la prévisibilité de la crise. Toute autre interprétation reviendrait à exiger de l'autorité étatique qu'elle reste inactive alors qu'un danger grave et prévisible est en train de se réaliser, ce qui aboutirait à un désastre malgré le respect de l'État de droit²¹². La question de savoir si le législateur a rempli son rôle consistant à prendre des mesures de protection contre des crises prévisibles importe peu dans ce contexte. Rien ne peut justifier que l'exécutif ne tente pas d'écarter un danger qui menace des biens juridiques fondamentaux, ou de faire cesser une situation qui les lèse, en prétextant que le législateur est resté inactif. L'analyse juridique de la situation est plus compliquée si le législateur a omis volontairement de régler une situation alors qu'il était conscient du danger, ou qu'il l'a selon lui réglée de façon définitive²¹³.

8.1.4 Synthèse

Le groupe d'experts est d'avis que les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. ne sont plus d'actualité, notamment en ce qui concerne la distinction entre crises nationales et crises internationales²¹⁴, entre ordonnances et décisions de nécessité ou encore entre protection des biens de police d'une part et protection d'autres biens juridiques et des intérêts juridiquement protégés d'autre part. Ses membres estiment toutefois qu'une simple mise à jour de la Constitution n'est pas une solution. Ils jugent qu'une révision de la Constitution ne serait utile que si elle allait de pair avec des modifications matérielles, à savoir, par exemple, la concrétisation des conditions à remplir pour que le Conseil fédéral puisse édicter du droit de nécessité, la clarification du partage des compétences entre le Conseil fédéral et le Parlement, l'intégration d'autres organes dans le processus de décision ou encore l'ajout dans la Constitution de dispositions de la LOGA sur la reprise du droit de nécessité.

Le groupe de travail considère lui aussi qu'une révision constitutionnelle consistant en une simple mise à jour n'apporterait pas de plus-value, même si la protection d'in-

²⁰⁹ ATF 137 II 431, consid. 3.3.2, p 445 ; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 123 ad art. 185 Cst.; KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 28 ad art. 185 Cst.

²¹⁰ ATF 126 I 112, consid. 4b

²¹¹ ATF 137 II 431, consid. 3.3

²¹² MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Notrecht - ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sécurité & Droit 2/2010 p. 101 ss, p. 105.

²¹³ Voir à ce propos les ch. 8.2.5 et 9.1.1.1.

²¹⁴ S'agissant de la distinction entre sécurité extérieure et sécurité intérieure, voir SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 10 s. ad art. 185 Cst.

térêts économiques (comme dans le cas d'UBS et de Credit Suisse) va manifestement plus loin que la protection des biens de police classiques. Elle ne juge pas adéquat de reformuler la compétence constitutionnelle en matière de droit de nécessité, même s'il subsiste des incertitudes quant aux circonstances dans lesquelles il est possible d'édicter du droit de nécessité et que les avis des auteurs de doctrine divergent à cet égard. De l'avis du groupe de travail, il faut définir des critères plus clairs tant pour passer à un scénario de crise impliquant la prise de mesures de nécessité que pour revenir au système législatif ordinaire. Il n'est pas facile de déterminer le moment où l'on passe d'une situation ordinaire à une situation extraordinaire, et vice versa, notamment lorsque la situation s'aggrave graduellement ou se stabilise à nouveau petit à petit (comme dans le cas de l'épidémie de COVID-19). Plus la crise dure, moins le Conseil fédéral peut s'appuyer sur le droit de nécessité pour justifier les mesures qu'il prend. Plus le temps passe, plus les appels à un retour aux procédures, aux compétences et au droit ordinaires se font entendre, et plus il devient difficile de justifier pourquoi on ne revient pas aux procédures démocratiques et aux principes de l'État de droit.

8.2 Lois spéciales

Les dispositions relatives à la gestion de crises contenues dans les lois spéciales sont de diverse nature. Il peut s'agir d'une délégation de compétences législatives du Parlement au Conseil fédéral, mais aussi de dispositions habilitant ce dernier à édicter des ordonnances de nécessité. Il peut en outre s'agir de normes déclaratoires ou au contraire de normes constitutives qui complètent la Constitution et limitent la marge de manœuvre du Conseil fédéral.

On ne considère pas comme droit de nécessité au sens du présent rapport les dispositions contenues dans une loi spéciale qui s'appliquent en temps de crise, qui règlent la situation de manière définitive, qui satisfont aux conditions de l'art. 164 Cst. en ce qui concerne la densité normative et qui ne délèguent pas de compétences au Conseil fédéral. Citons comme illustration des secondes l'art. 12 de la loi du 17 décembre 2010 sur la poste²¹⁵, qui règle la fourniture de services postaux dans des situations extraordinaires et qui confère au Conseil fédéral notamment la compétence de réquisitionner le personnel nécessaire.

Il faut au surplus faire une distinction entre les dispositions de lois spéciales qui concrétisent les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. et les normes de délégation usuelles. Dans le premier cas, il faut toujours respecter au minimum les conditions de l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst.

8.2.1 Avantages et inconvénients des dispositions de nécessité dans les lois spéciales

Le recours au droit de nécessité s'impose lorsque le droit ordinaire ne propose pas d'instruments adaptés. Le législateur entend anticiper – dans la mesure du possible –

²¹⁵ RS 783.0

les situations d'urgence et créer une législation qui résiste aux crises. Concrétiser les compétences constitutionnelles du Conseil fédéral dans les lois spéciales est une solution qui présente beaucoup d'avantages, mais qui est aussi problématique à certains égards. Il est légitime de se demander s'il est utile et souhaitable de faire figurer des dispositions de nécessité dans des lois spéciales.

Arguments *en faveur* de l'insertion de telles dispositions dans des lois spéciales:

- le législateur règle les principes régissant l'adoption de mesures relevant du droit de nécessité, ce qui contribue à renforcer la légitimité démocratique de ces mesures; dans son rapport du 27 janvier 2022 sur les initiatives parlementaires 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise », la CIP-N a laissé la question sans réponse: « On peut aussi se demander si, en temps de crise, des mesures prises sur la base de dispositions de lois spéciales auraient plus de légitimité que des mesures fondées sur la Constitution »²¹⁶;
- ces dispositions concrétisent les compétences générales en matière de droit de nécessité que la Constitution confère au Conseil fédéral;
- le Conseil fédéral doit se conformer à ces dispositions et ne peut plus recourir que dans des cas exceptionnels clairement définis au droit de nécessité fondé directement sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.

Arguments *contre* l'insertion de telles dispositions dans des lois spéciales:

- les lois spéciales qui ne font que reproduire la compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité, sans la concrétiser de façon substantielle, sont inutiles;
- de nouvelles questions sur le lien entre les dispositions de droit spécial et le droit de nécessité constitutionnel se posent, notamment celle de savoir dans quelle mesure le Conseil fédéral peut ignorer les limites fixées par les dispositions de droit spécial et continuer à se fonder directement sur sa compétence constitutionnelle en matière de droit de nécessité, même si le législateur a réglé la situation extraordinaire de façon exhaustive (silence qualifié); plus spécifiquement, des questions sur la compatibilité avec l'art. 190 Cst. sur l'obligation d'appliquer les lois fédérales se posent;
- le Conseil fédéral pourrait justement être incité à agir et à invoquer les dispositions de droit spécial relatives aux crises du fait qu'elles lui confèrent une plus grande légitimité;
- le Conseil fédéral subit une plus forte pression si l'arsenal législatif pour gérer une crise est déjà en place et que certaines parties prenantes (milieux politiques, secteurs économiques, société civile) exigent que la Confédération prenne des mesures et attendent qu'elle intervienne plutôt que d'agir elles-mêmes.

²¹⁶ FF 2022 301 p. 53

8.2.2 Lignes directrices

La formulation de dispositions relatives à la gestion des crises dans les lois spéciales présuppose que le législateur ait des connaissances approfondies du sujet lui permettant d'identifier les différents scénarios de crise et les mesures à prendre²¹⁷. Le législateur doit décider s'il veut formuler ces dispositions de façon restrictive ou au contraire ouverte: s'il les formule de façon restrictive, le Conseil fédéral aura une liberté d'action réduite et ne pourra peut-être pas prendre les mesures nécessaires sur la base des normes de délégation, si bien qu'il devra quand même se fonder sur sa compétence constitutionnelle. À l'inverse, lui laisser trop de latitude serait discutable d'un point de vue démocratique²¹⁸. Il faut également noter que les dispositions de la LOGA (art. 7c ss) qui valent pour le droit de nécessité fondé sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. ne s'appliquent pas, ou du moins pas directement, aux ordonnances édictées en vertu de dispositions de gestion des crises figurant dans des lois spéciales. Dans l'optique d'une légitimation par l'État de droit, il semble toutefois judicieux de soumettre également aux règles des art. 7c ss LOGA les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral qui ne font que répéter la compétence constitutionnelle.

Les dispositions relatives aux crises figurant dans des lois spéciales peuvent renforcer la légitimité démocratique des mesures prises par le Conseil fédéral. Elles peuvent en particulier définir quand il y a une situation d'urgence et concrétiser le principe de proportionnalité. Pour ce faire, elles doivent toutefois répondre à certains critères. Il faut notamment se poser les questions suivantes:

- Est-ce que les biens juridiques à protéger sont précisés dans la loi spéciale ? (Ou est-ce que seuls « l'ordre public » ou « la sécurité » sont mentionnés ?)
- Est-ce que la loi définit ce qu'on entend par urgence et nécessité matérielle dans son champ d'application ?
- Est-ce que la loi limite la durée de validité des mesures relevant du droit de nécessité ?
- Est-ce que la loi précise à quelles normes on peut déroger en période de crise et quelles autres doivent impérativement être respectées ?

Si l'on peut répondre par l'affirmative à ces questions, la loi apporte une plus-value au regard de l'État de droit par rapport aux art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.

8.2.3 Exemples

L'annexe 2 LParl dresse la liste exhaustive des dispositions de lois spéciales relatives à la gestion de crises, auxquelles, à l'instar des ordonnances fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., des dispositions spéciales de la LParl s'appliquent (par ex. obligation de consulter visée à l'art. 151, al. 2^{bis}, LParl):

²¹⁷ FF 2022 301 p. 53

²¹⁸ *Ibid.*

- art. 55 de la loi du 26 juin 1998 sur l’asile (LAsi)²¹⁹,
- art. 62 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²²⁰,
- art. 31 à 34 LAP,
- art. 6 et 7 de la loi du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes (LTaD)²²¹,
- art. 48 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)²²²,
- art. 6 et 7 LEp.

8.2.3.1 Loi sur l’asile

La LAsi prévoit qu’en période de tensions internationales accrues, en cas de conflit armé dans lequel la Suisse n’est pas engagée, ou lorsqu’a lieu, en temps de paix, un afflux inhabituel de requérants d’asile, la Suisse accorde l’asile à des réfugiés aussi longtemps que les circonstances le permettent (art. 55, al. 1, LAsi). L’art. 55, al. 2, habilite le Conseil fédéral à arrêter les mesures nécessaires et à régler de manière restrictive les conditions d’octroi de l’asile et le statut des réfugiés et à édicter des dispositions de procédure particulières. Il prévoit expressément que le Conseil fédéral peut déroger à la loi. Le Conseil fédéral doit rendre compte immédiatement à l’Assemblée fédérale des mesures qu’il a arrêtées, notamment de celles qui dérogent à la loi. Si l’hébergement durable de réfugiés dépasse les possibilités d’accueil de la Suisse, l’asile peut n’être accordé qu’à titre temporaire jusqu’à ce que les personnes accueillies puissent se rendre dans un autre pays (art. 55, al. 3, LAsi). Lorsqu’il règle les conditions d’octroi de l’asile et le statut des réfugiés en dérogeant à la loi, le Conseil fédéral doit respecter les droits de l’homme et dans tous les cas les garanties qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité, comme le principe du non-refoulement (voir le ch. 8.3.3).

8.2.3.2 Loi fédérale sur les marchés publics

La loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP)²²³ règle la passation de marchés publics (art. 1 LMP). En fonction des valeurs seuils applicables (art. 16 LMP), le marché est adjugé selon la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation ou exceptionnellement la procédure de gré à gré (art. 17 LMP). Dans la procédure de gré à gré, l’adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d’appel d’offres, conformément à l’art. 21 LMP. En cas d’urgence, l’adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans tenir compte des valeurs seuils. C’est le cas, conformément à l’art. 21, al. 2, let. d, LMP, lorsqu’un événement imprévisible rend le marché si urgent que, même en réduisant les délais,

²¹⁹ RS **142.31**

²²⁰ RS **281.1**

²²¹ RS **632.10**

²²² RS **784.10**

²²³ RS **172.056.1**

une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut pas être menée à bien. Pour des considérations liées à l'État de droit, la pratique doit rester restrictive. L'art. 10, al. 4, LMP prévoit que la loi ne s'applique pas aux marchés publics dont l'exemption est jugée nécessaire pour la protection et le maintien de la sécurité extérieure ou intérieure ou de l'ordre public (let. a) ou pour la protection de la santé ou de la vie des personnes ou encore pour la protection de la faune et de la flore (let. b).

8.2.3.3 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Conformément à l'art. 62 LP, le Conseil fédéral peut, en cas d'épidémie, de calamité publique ou de guerre, ordonner la suspension des poursuites, tout comme les gouvernements cantonaux, avec l'assentiment du Conseil fédéral. La disposition précise que la suspension des poursuites peut être décidée sur une portion du territoire ou au profit de certaines catégories de personnes. Il s'agit d'une concrétisation du principe de proportionnalité.

8.2.3.4 Loi sur l'approvisionnement du pays

La LAP définit les préparatifs à effectuer en vue d'une pénurie (réserves obligatoires) et les possibilités d'intervention en période de crise. Elle régit les mesures visant à garantir l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux lors d'une pénurie grave à laquelle les milieux économiques ne peuvent pas faire face par leurs propres moyens (art. 1 LAP). Les art. 31 et 32 LAP autorisent le Conseil fédéral à prendre, en cas de pénurie grave, déclarée ou imminente, des mesures d'intervention économique temporaires pour garantir l'approvisionnement en biens vitaux. Le Conseil fédéral peut notamment réglementer les achats et l'utilisation de biens vitaux, promouvoir des importations et restreindre des exportations (art. 31, al. 2, LAP). Les listes exhaustives qui figurent aux art. 31, al. 2, et 32, al. 2, LAP concrétisent les mesures que peut prendre le Conseil fédéral pour garantir l'approvisionnement du pays. En vertu des art. 31, al. 3, et 32, al. 3, LAP, il peut, en cas de besoin, passer des actes juridiques aux frais de la Confédération. Selon l'art. 33, al. 1 et 2, LAP, il peut en outre ordonner une surveillance des prix pour les biens et services vitaux qui font l'objet de mesures d'intervention économique et édicter des prescriptions pour limiter les marges sur ces biens et services. L'art. 34 LAP l'habilite à suspendre certaines dispositions d'autres actes pour la durée des mesures d'intervention économique; ces dispositions ne peuvent être suspendues que dans la mesure où elles sont en contradiction avec des mesures d'intervention (art. 34, al. 2, LAP) et la suspension ne doit pas déployer d'effet irréversible ou allant au-delà de la durée des mesures.

8.2.3.5 Loi sur les épidémies

La LEp a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles (art. 2, al. 1, LEp).

Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays, conformément à l'art. 7 LEp. Cette disposition reprend pour l'essentiel la compétence en matière de droit de nécessité que l'art. 185, al. 3, Cst. confère au Conseil fédéral. L'art. 6 LEp est d'une autre nature: il définit à l'al. 1 ce qu'est une crise (« situation particulière ») et prévoit à l'al. 2 un transfert, des cantons au Conseil fédéral, des compétences d'ordonner des mesures concrètes. Parler dans ce cas de droit de nécessité est erroné, car il s'agit de droit ordinaire visant à gérer les situations de crise.

En cas de situation particulière définie à l'art. 6 LEp, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons:

- ordonner des mesures visant des individus;
- ordonner des mesures visant la population;
- astreindre les médecins et d'autres professionnels de la santé à participer à la lutte contre les maladies transmissibles;
- déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités.

Il y a situation extraordinaire au sens de l'art. 6, al. 1, LEp, habilitant le Conseil fédéral à prendre les mesures visées à l'al. 2, dans les cas suivants:

- les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible [...], ou
- l'OMS a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse.

8.2.4 Crédits urgents

La mise en œuvre des mesures prises en vertu du droit de nécessité réclame en toute logique des moyens financiers. Des crédits doivent pouvoir être alloués aussi rapidement que sont décidées les mesures, sans quoi un échec est programmé. Les art. 28 et 34 LFC prévoient une procédure spécifique pour les crédits d'engagement et les crédits supplémentaires urgents, qui se passe de l'approbation préalable de l'Assemblée fédérale.

Les art. 28 et 34 LFC ont été révisés lors de la mise en œuvre de l'initiative parlementaire 09.402 CIP-N « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires »²²⁴. À cette occasion, la participation du Parlement, à savoir sa souveraineté budgétaire, a été renforcée: le Conseil fédéral doit requérir *au préalable* l'assentiment de la DélFin et demander *ultérieurement* l'approbation de l'Assemblée fédérale. La DélFin est composée de trois membres de chaque Commission des finances (art. 51 LParl). Conformément à l'art. 28, al. 1, LFC, le Conseil fédéral est autorisé à mettre en chantier un projet ou à le poursuivre avant que

224 FF 2010 1431

le crédit d'engagement nécessaire ne soit ouvert, si le projet doit être exécuté sans délai, mais il doit d'abord requérir l'assentiment de la DélFin. Il doit en outre soumettre les engagements urgents à l'approbation ultérieure de l'Assemblée fédérale (art. 28, al. 2, LFC). Les parlementaires peuvent demander la convocation de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire si certaines conditions sont remplies (art. 28, al. 3, LFC).

S'agissant des mesures relevant du droit de nécessité que le Conseil fédéral a prises pour permettre la reprise de Credit Suisse par UBS, en mars 2023, le Parlement, plus précisément le Conseil national, a rejeté lors de la session extraordinaire des 11 et 12 avril 2023 les arrêtés fédéraux portant sur les crédits d'engagement urgents visant à donner des garanties à la BNS et à UBS²²⁵. Ces crédits faisaient l'objet l'ordonnance CS, adoptée par le Conseil fédéral le 16 mars 2023 et fondée sur les art. 184, al. 3 et 185, al. 3, Cst. La portée juridique du rejet ultérieur de ces arrêtés par le Parlement a fait l'objet de vastes discussions. Comme le libellé de l'art. 28, al. 2, LFC est très concis et que le lien avec l'al. 1 n'est pas très clair, il soulève certaines questions quant à la nature et aux effets de l'approbation. Le Conseil fédéral a interprété la disposition selon les méthodes usuelles. Il est arrivé à la conclusion que les engagements pris envers la BNS et UBS avaient déjà un caractère contraignant, pour les raisons exposées ci-après.

- Premièrement, la DélFin a donné son assentiment aux crédits d'engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance CS²²⁶. Les dispositions pertinentes pour la reprise de Credit Suisse sont entrées en vigueur le 19 mars 2023 à 20 h 00. La DélFin les a approuvées en lieu et place de l'Assemblée fédérale. Une fois obtenu cet assentiment, le Conseil fédéral pouvait prendre des engagements contraignants. La tenue éventuelle d'une session extraordinaire, prévue à l'art. 28, al. 3, LFC, n'a pas d'effet suspensif²²⁷.
- Deuxièmement, il faut faire une distinction entre la portée interne et la portée externe du rejet: sur le plan externe, il faut se demander si la Confédération, par l'action du Conseil fédéral, s'est engagée à l'égard de tiers. Sur le plan interne, il faut se demander si le Conseil fédéral a agi dans les limites de ses compétences et respecté les droits de participation du Parlement en lien avec le crédit d'engagement. Ces deux questions doivent être traitées séparément. Un éventuel dépassement des compétences au plan interne n'a pas d'influence sur les conséquences juridiques au plan externe. En effet, les tiers doivent pouvoir compter sur le fait que l'État agit de manière conforme aux règles de

²²⁵ Communiqué du Conseil fédéral du 19 avril 2023 « Le Conseil fédéral s'est entretenu des résultats de la session extraordinaire », www.admin.ch > Documentation > Communiqués (consulté le 28.2.2024); voir également la note du 24 mars 2024 du secrétariat de la Commission des finances du Conseil national (CdF-N) sur les possibilités légales des commissions et des conseils concernant l'approbation a posteriori d'engagements urgents par la DélFin dans l'affaire de la reprise de Credit Suisse par UBS, www.parlement.ch > Organes > Commissions > Commissions de surveillance > Commissions des finances > CDF-N > Communiqués de presse > Communiqué de presse du 31 mars 2023 > Annexe RO 2023 135

²²⁷ FLORIAN ZIHLER, Wirkung des Beschlusses der Finanzdelegation der Bundesversammlung im Dringlichkeitsverfahren, PJA 2023 p. 1067 ss, p. 1076

la bonne foi (art. 5, al. 3, et 9 Cst.)²²⁸. Pour garantir la sécurité du droit et la protection de la bonne foi, on ne peut pas alléguer devant des tiers de bonne foi que l'action du Conseil fédéral ne lie pas la Confédération parce qu'il a outrepassé ses compétences. L'action du Conseil fédéral en période de crise ne serait plus du tout crédible si les effets à l'égard des tiers pouvaient être contestés ultérieurement.

- Troisièmement, la hiérarchie des normes prévue par la Constitution fait obstacle à ce que les compétences constitutionnelles du Conseil fédéral en matière de droit de nécessité puissent être restreintes par un refus ultérieur du Parlement au sens de l'art. 28 ou 34 LFC. La Constitution prime les lois, et celles-ci doivent être interprétées de façon conforme à la Constitution. Il ne serait en outre pas logique qu'une restriction des compétences du Conseil fédéral soit possible lorsqu'il est question de dépenses mais non lorsque d'autres décisions radicales sont prises en application du droit de nécessité.
- Quatrièmement, la *ratio legis* de la procédure applicable aux crédits urgents est justement de pouvoir agir dans les situations où il n'est pas possible d'attendre la décision de l'Assemblée fédérale²²⁹. Il ressort du rapport du 5 février 2010 de la CIP-N concernant l'initiative parlementaire 09.402 « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires »²³⁰ que la « nouvelle procédure a pour objectif d'inciter le Conseil fédéral à justifier de manière plus appropriée les procédures extraordinaires qu'il accomplit »²³¹. Le mécanisme mis en place, en « impliquant au plus tôt l'Assemblée fédérale », doit en outre minimiser les risques « que celle-ci soit mise devant le fait accompli » vu qu'elle pourra bloquer des crédits qui auront été provisoirement libérés mais pas encore payés²³². L'idée n'est toutefois pas de revenir sur des crédits urgents déployant déjà des effets juridiquement contraignants, mais de rétablir le plus vite possible les compétences de l'Assemblée fédérale dans le domaine financier.

Il faudra encore étudier plus en détail la question de savoir comment le Parlement peut et doit être associé à l'adoption d'arrêtés financiers urgents, et déterminer quels en sont les effets juridiques, tout en évitant qu'il remette en question des décisions contraignantes déjà prises et restreigne la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral et donc sa capacité d'agir en cas de crise.

8.2.5 Rapport entre les lois spéciales et la compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité

Plusieurs lois contiennent des clauses visant à gérer des situations extraordinaires. La relation entre ces dispositions et l'art. 185, al. 3, Cst., d'une part, et la clause générale

²²⁸ FF 2010 1431 p. 1448 s.

²²⁹ FLORIAN ZIHLER, Wirkung des Beschlusses der Finanzdelegation der Bundesversammlung im Dringlichkeitsverfahren, PJA 2023 p. 1067 ss, p. 1076

²³⁰ FF 2010 1431

²³¹ FF 2010 1431 p. 1447

²³² FF 2010 1431 p. 1447 s.

de police, d'autre part, ne peut pas être définie de façon abstraite, mais seulement au cas par cas²³³. Les dispositions relatives à la gestion de crises contenues dans les lois spéciales peuvent avoir un effet déclaratoire ou un effet constitutif par rapport à la compétence constitutionnelle d'édicter du droit d'urgence²³⁴. Les dispositions à caractère constitutif, contrairement à celles qui ont un caractère purement déclaratoire, ne se limitent pas à reprendre la délégation constitutionnelle, mais contiennent des règles spécifiques applicables à certaines situations de crise²³⁵.

Ces règles spécifiques prises par le Conseil fédéral une plus grande légitimité en termes de démocratie et d'État de droit. En effet, le Conseil fédéral se fonde dans ce cas sur une base légale formelle prévue par le législateur pour la situation donnée et ne doit pas invoquer la compétence générale inscrite dans la Constitution. La question de savoir si le Conseil fédéral peut recourir à sa compétence constitutionnelle au lieu d'appliquer les dispositions relatives à la gestion de crises inscrites dans une loi spéciale n'a toutefois pas encore été entièrement clarifiée. Trois points de vue divergents sont envisageables.

- Le Conseil fédéral ne peut pas invoquer sa compétence constitutionnelle en matière de droit de nécessité si le législateur a fixé des conditions et des limites exhaustives dans une disposition de loi spéciale et qu'il a donc envisagé et réglé le cas en question.
- Le Conseil fédéral peut invoquer sa compétence constitutionnelle en matière de droit de nécessité même si le législateur a fixé des conditions et des limites dans une loi spéciale, étant donné que la compétence constitutionnelle prime les dispositions de la loi spéciale. Il serait en effet contraire à la hiérarchie des normes que des lois fédérales concrétisant la Constitution réduisent la marge de manœuvre que celle-ci confère au Conseil fédéral dans les situations de crise. Par ailleurs, l'art. 185, al. 3, Cst. n'habilite pas seulement le Conseil fédéral à agir, mais l'oblige à le faire. Préserver l'ordre public et la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse dans des situations extraordinaires est une tâche originelle du Conseil fédéral, qui va de pair avec son obligation de protection de l'État. Il est clair que si les dispositions prévues ne suffisent pas à gérer la crise, le Conseil fédéral n'est pas pour autant délié de ses tâches et responsabilités originelles qui l'obligent à prendre des mesures pour écarter tout danger imminent menaçant des biens juridiques fondamentaux²³⁶.
- Le Conseil fédéral peut se fonder sur sa compétence constitutionnelle en matière de droit de nécessité même si le législateur a fixé des conditions et des limites dans une loi spéciale, mais il doit pouvoir invoquer des raisons qualifiées pour ne pas appliquer les règles de droit spécial. Concrètement, il est soumis à une obligation accrue de se justifier s'il décide de s'écarter des règles de droit spécial visant spécifiquement à gérer une situation de crise.

De l'avis du Conseil fédéral, c'est cette troisième solution qui s'applique. Elle lui permet d'agir en vertu de la compétence générale que lui confère la Constitution en ma-

²³³ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 125 ad art. 185 Cst.

²³⁴ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 125 ad art. 185 Cst.

²³⁵ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 125 et 159 ad art. 185 Cst.

²³⁶ ATF 137 II 431, consid. 3.3.2

tière de droit de nécessité, même s'il existe une disposition spécifique dans une loi spéciale. Le législateur ne peut pas restreindre la marge de manœuvre que la Constitution confère au Conseil fédéral (hiérarchie des normes) ni empêcher que ce dernier remplisse les tâches prévues dans la Constitution (obligation de protection). Si le Parlement concrétise la compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité pour une situation de crise donnée, le Conseil fédéral doit en tenir compte: s'il prend des mesures qui s'écartent des dispositions prévues dans la loi spéciale, il doit le justifier dûment. Cette solution permet de concilier la liberté d'action du Conseil fédéral avec la volonté du législateur.

8.2.6 Synthèse

Le groupe d'experts était d'avis que les dispositions spécifiques contenues dans des lois spéciales peuvent apporter une plus-value si elles concrétisent la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral en matière de droit de nécessité et ne se limitent pas à la reproduire. Il a proposé d'introduire un mécanisme de contrôle – analogue à l'examen de la compatibilité avec le droit européen – qui consisterait à vérifier que les dispositions législatives seront applicables même en temps de crise, pour sensibiliser l'administration fédérale et le Parlement à produire et à adopter une législation résiliente. Les experts ne jugeaient toutefois pas pertinent que ce mécanisme devienne obligatoire et se sont prononcés contre l'ajout systématique dans les lois de clauses applicables en temps de crise: si le Parlement ajoutait à chaque loi une clause applicable en temps de crise, la législation deviendrait trop complexe et l'État de droit n'en profiterait pas. Ils citent comme exemple l'art. 7 LEp, qui n'apporte guère de plus-value pour l'État de droit. Les experts estiment que les dispositions relevant du droit de nécessité ne devraient être formulées dans des lois spéciales que s'il est prévisible que des crises se produiront. Ils sont conscients du fait que ce n'est pas toujours facile, vu que les crises sont par définition imprévisibles, comme dans l'affaire Credit Suisse. Ils soulignent qu'opposer droit de nécessité et droit ordinaire est artificiel et ne tient pas compte du développement graduel de la crise ni du recours progressif aux instruments légaux disponibles.

Le groupe de travail va dans le même sens. Selon lui, le législateur doit si possible anticiper certains scénarios de crise, raison pour laquelle des dispositions de gestion des crises doivent figurer dans certaines lois matérielles. Il cite comme exemples la LEp et la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)²³⁷. La LAP, applicable subsidiairement, autorise également le Conseil fédéral à prendre des mesures pour maîtriser certaines situations de pénurie²³⁸. Ces actes sont du droit ordinaire applicable aux situations extraordinaires. L'affaire Credit Suisse de 2023 a montré que les lois visant à anticiper les situations de crise ont des limites (voir la réglementation *too big to fail*), mais l'adoption de dispositions de crise dans des lois spéciales reste judicieuse dans certains cas. Le projet de révision de la LEp qui a été

²³⁷ RS 734.7

²³⁸ FF 2014 6859 p. 6861

envoyé en consultation le 29 novembre 2023²³⁹ contient du droit ordinaire visant à gérer les crises. Une liste de contrôle pour la rédaction de dispositions relatives à la gestion d'une crise servira de fil conducteur aux offices qui ont la compétence matérielle des projets législatifs (offices dits de tutelle), les sensibilisera à la problématique et renforcera la cohérence de la législation. L'utilisation de cette liste ne devrait toutefois pas impliquer une charge de travail administrative disproportionnée sans apporter de plus-value réelle.

9 Limites juridiques du droit de nécessité

Lorsque le Conseil fédéral se trouve amené à édicter du droit de nécessité, il doit s'assurer que ces dispositions demeurent dans les limites admissibles fixées par le droit. Plus exactement, il importe de savoir dans quelle mesure le droit de nécessité peut déroger à la loi voire à la Constitution (ch. 9.1) et quelles limites relatives et absolues le Conseil fédéral doit respecter lorsqu'il édicte des ordonnances de nécessité (ch. 9.2 et 9.3).

9.1 Obligation de respecter le droit

Le fait que le Conseil fédéral ait édicté par le passé des ordonnances de nécessité contraires aux lois en vigueur a régulièrement donné lieu à des discussions et des critiques parmi les auteurs de doctrine juridique²⁴⁰. Il convient donc de se demander s'il est admissible qu'il déroge à une loi fédérale, voire porte atteinte à une norme constitutionnelle, par une ordonnance fondée directement sur l'art. 185, al. 3, Cst. On peut schématiquement distinguer trois cas de figure concernant l'obligation de respecter le droit (*Rechtsbindung*).

<i>praeter legem</i>	<i>contra legem</i>	<i>contra constitutionem</i>
Le droit de nécessité <i>complète</i> la loi sans la modifier.	Le droit de nécessité <i>déroge</i> à la loi dans les limites du principe de proportionnalité.	Le droit de nécessité, dans certaines circonstances, <i>restreint</i> des normes constitutionnelles.

²³⁹ www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation clôturée > Procédure de consultation 2023/50 Révision partielle de la loi sur les épidémies (consulté le 20.3.2024)

²⁴⁰ SUSANNE KUSTER, Navigieren auf Sicht, in: Jusletter du 15 février 2021, n° 32; GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, p. 254 ss

9.1.1 *Praeter legem* ou *contra legem* ?

Une partie de la doctrine est d'avis que les ordonnances de nécessité ne peuvent contenir que des dispositions qui complètent les lois en vigueur (*praeter legem*) mais ne leur sont pas contraires (*contra legem*)²⁴¹. Les professeurs Giovanni Biaggini²⁴² et Andreas Kley²⁴³ se sont prononcés contre des dispositions du droit de nécessité dérogeant aux lois en vigueur²⁴⁴. Ils se fondent principalement sur l'interprétation historique de l'art. 185, al. 3, Cst. Ils rappellent que le Conseil fédéral, dans son message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale²⁴⁵, avait expliqué que ces ordonnances fondées sur la Constitution, qui se substituent à la loi ou la complètent, « ne peuvent entrer en contradiction avec des actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale »²⁴⁶. Ils s'étonnent de la facilité avec laquelle le Conseil fédéral a édicté des dispositions contraires à la loi et même à la Constitution sur la base de l'art. 185, al. 3, Cst.²⁴⁷.

Pour certains autres auteurs de doctrine et pour l'OFJ, il est artificiel et peu pertinent de distinguer entre *praeter* et *contra legem*²⁴⁸. Le but des ordonnances basées directement sur la Constitution au sens des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. est précisément de se substituer à des dispositions légales au sens formel²⁴⁹. Le Conseil fédéral endosse le rôle du législateur pour le temps de la crise. Les ordonnances qu'il édicte à ce titre doivent donc pouvoir modifier ou remplacer temporairement la loi formelle si celle-ci s'avère insuffisante à maîtriser les risques auxquels on veut parer²⁵⁰. Dans un avis de droit de 2006, l'OFJ avait défendu le point de vue selon lequel le Conseil fédéral peut édicter des mesures *contra legem* dans une ordonnance ou une décision de nécessité, dans le respect des principes constitutionnels²⁵¹. Le Tribunal fédéral lui aussi présume implicitement, dans un de ses arrêts, que le Conseil fédéral peut déroger, dans certaines circonstances, à la loi en vigueur par une ordonnance de nécessité²⁵². Une grande partie de la doctrine défend aussi l'argument selon lequel une obligation sans nuance de respecter la législation en vigueur en cas de troubles menaçant

241 LUZIUS MADER, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Année 2009, p. 109

242 GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, p. 239 ss., p. 255

243 ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, p. 268 ss., p. 273

244 SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 33

245 FF 1997 I 1

246 FF 1997 I 1 p. 426

247 SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 33

248 LUZIUS MADER, *ibid.*; SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 36

249 LUZIUS MADER, *ibid.*; SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 43

250 LUZIUS MADER, *ibid.*

251 OFJ, avis de droit du 2 octobre 2006 (cité dans le rapport de la DélCdG du 19 janvier 2009 « Affaire Tinner: gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées », FF 2009 4493 p. 4532).

252 ATF 137 II 431, consid. 3.3.2

gravement l'ordre public ou la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse l'empêcherait d'agir de manière adéquate²⁵³.

Par ailleurs, il est à peu près certain que l'on conclurait, par la voie de l'interprétation, que l'ordonnance de nécessité l'emporte sur les normes plus anciennes, en tant que *lex posterior*. Même si elle contient des normes générales et abstraites, elle se réfère en outre à une situation d'exception clairement définissable et compte sans doute comme *lex specialis*, primant à ce titre sur les dispositions plus générales²⁵⁴.

En résumé, on peut affirmer que, pour garantir sa capacité d'agir dans les situations de crise, le Conseil fédéral peut provisoirement déroger aux dispositions légales en vigueur lorsqu'il édicte des ordonnances de nécessité, dans la mesure où il respecte le principe de proportionnalité consacré par la Constitution.

9.1.1.1 **Contra dispositions de lois spéciales applicables à la gestion des crises ?**

Quant à savoir dans quelle mesure le droit de nécessité peut s'écarter non seulement des dispositions de lois d'application générale mais aussi des dispositions de lois spéciales applicables à la gestion des crises, cela relève de la question, déjà traitée au ch. 8.2.5, du rapport entre les lois spéciales et la compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité.

Ces dispositions spéciales règlent au niveau de la loi les mesures à prendre pour maîtriser des crises dont on sait qu'elles pourraient advenir. Le législateur y définit, dans une certaine configuration de risques, quand il souhaite que le Conseil fédéral intervienne et, *a contrario*, quand il souhaite que le Conseil fédéral n'intervienne pas, en acceptation des dommages éventuels²⁵⁵.

Si l'Assemblée fédérale renonce délibérément à créer les bases légales nécessaires pour maîtriser un danger, il pourrait s'agir d'un silence qualifié du législateur, que le Conseil fédéral ne saurait ignorer sans de très bonnes raisons²⁵⁶. Le cas est sans doute extrêmement rare²⁵⁷.

Lorsque, par contre, l'Assemblée fédérale s'abstient de légiférer (exhaustivement) pour laisser au Conseil fédéral une marge de manœuvre, lorsque la connaissance de la situation a nettement changé depuis l'époque des délibérations parlementaires, lorsque des faits nouveaux sont survenus ou qu'une nouvelle appréciation des risques s'impose, ou bien encore lorsque le danger avait été tout simplement sous-estimé par l'Assemblée fédérale ou par le Conseil fédéral, ce dernier doit être autorisé à agir²⁵⁸.

²⁵³ SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 34; pour une vue d'ensemble de la doctrine: SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 155 ad art. 185 Cst. et KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 41 ss ad art. 184 en rel. avec le n° 42 ad art. 185 Cst.

²⁵⁴ SUSANNE KUSTER, *ibid.*, n° 34

²⁵⁵ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 159 ad art. 185 Cst.

²⁵⁶ ATF 121 I 22 consid. 4b/bb, p. 28; SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 159 ad art. 185 Cst., qui n'admet l'action du Conseil fédéral dans un tel cas de figure que dans une situation extrême.

²⁵⁷ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 159 ad art. 185 Cst.

²⁵⁸ *Ibid.*

Les dispositions édictées dans le cadre de la loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires²⁵⁹ sont un exemple de dispositions de lois spéciales applicables en situation de crise. Elles règlent explicitement l'usage du droit de nécessité par le Conseil fédéral. Elles imposent notamment au Conseil fédéral d'informer, de faire rapport et de requérir des autorisations²⁶⁰.

9.1.1.2 *Contra* règles de transparence ?

Dans chacun des cas étudiés ici de recours au droit de nécessité, une question s'est fait jour dans le débat: le Conseil fédéral peut-il, dans certaines circonstances, s'affranchir entièrement du principe de transparence de l'administration institué par la LTrans sur la base de sa compétence constitutionnelle d'édicter du droit de nécessité ?

De manière générale, les ordonnances fondées directement sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. ont le rang d'une loi formelle et peuvent donc abroger temporairement des normes de l'échelon législatif. Du point de vue du Conseil fédéral, il n'est pas à exclure que des dérogations clairement délimitées à cette loi puissent se justifier lorsqu'il s'agit de préserver la capacité d'agir du gouvernement. Il faut cependant rappeler que la LTrans contient déjà des exceptions qui permettent de concilier des intérêts divergents. Le droit de consultation des documents officiels n'est pas absolu, même à l'intérieur du champ d'application matériel et personnel de la LTrans et lorsque le document demandé correspond à la définition du « document officiel ». Il est possible de limiter, différer ou refuser le droit d'accès lorsque des intérêts privés ou publics prépondérants s'y opposent (art. 7 et 9 LTrans) ou dans les cas particuliers visés à l'art. 8.

Le système existant prévoit également une solution aux problèmes de ressources qui peuvent se poser aux unités administratives concernées lorsqu'elles doivent faire face à une crise. L'art. 10, al. 2, de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur la transparence²⁶¹ permet à l'administration fédérale de traiter dans un délai raisonnable les demandes nécessitant un surcroît important de travail. Selon l'al. 1 de ce même article, tel est le cas « lorsque l'autorité n'est pas en mesure de traiter la demande avec le personnel et l'infrastructure dont elle dispose, sans entraver considérablement l'accomplissement d'autres tâches ».

Il peut y avoir des motifs légitimes à déclarer certaines informations secrètes (art. 4, let. a, LTrans) ou à fixer des conditions dérogeant à la LTrans pour donner accès aux informations (art. 4, let. b, LTrans) dans des lois spéciales. Toutefois, il faut rappeler la fonction centrale de cette loi, qui est de promouvoir la transparence de l'activité de l'administration, en garantissant l'accès aux documents officiels. Le principe de transparence peut être considéré comme un instrument supplémentaire permettant de renforcer le contrôle direct de l'administration par les citoyens²⁶², c'est-à-dire le contrôle

²⁵⁹ RO 2011 1381

²⁶⁰ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 159 ad art. 185 Cst.

²⁶¹ RS 152.31

²⁶² FF 2003 1807 p. 1817

démocratique sur cette dernière. Les exceptions aux règles de transparence de la LTrans doivent avoir une motivation particulière.

Ordonnance Axpo (OFiEl)

L'OFiEl prévoyait, à l'art. 19, al. 4, que l'accès aux informations et données fournies par les entreprises d'importance systémique était exclu, par dérogation à la LTrans. Elle obligeait en même temps le DETEC à publier *activement* des informations, en contrepartie de cette restriction de la communication *passive* (information sur demande). Cette disposition tenait compte de l'art. 180, al. 2, Cst., qui enjoint au Conseil fédéral de renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, et qui est concrétisé à l'art. 10 LOGA. L'art. 19, al. 4, OFiEl enjoignait au DETEC de publier régulièrement des informations générales sur les prêts, les données relatives aux prêts octroyés à une entreprise en particulier ne devant toutefois pas être publiées.

La restriction du champ d'application matériel de cette disposition aux « informations et données fournies par les entreprises d'importance systémique » signifie que seuls sont concernés les documents officiels que ces entreprises ont fournis au titre de leur obligation de renseigner au sens de l'art. 18 OFiEl et les informations qu'elles ont remises volontairement au sens de l'art. 19, al. 2, OFiEl.

On remarquera que cette exclusion de la LTrans a été reprise de l'ordonnance de nécessité dans la LFiEl. L'art. 19, al. 4, OFiEl est devenu l'art. 20, al. 4, de la loi. L'exception se trouve maintenue pour une durée indéterminée. L'art. 20, al. 4, LFiEl est une « disposition spéciale d'une autre loi fédérale » au sens de l'art. 4, let. b, LTrans et, à ce titre, fixe des conditions d'accès à certaines informations dérogeant à la loi sur la transparence.

Dans son message relatif à la LFiEl²⁶³, le Conseil fédéral a motivé l'exclusion du principe de transparence par le souci de garantir que les informations puissent être échangées librement et en toute confiance. Les entreprises concernées ne devaient pas avoir à craindre que l'administration ne soit amenée à octroyer au public l'accès aux informations et documents qu'elles lui fournissaient. Le Conseil fédéral entendait éviter que les informations requises ne soient pas fournies ou ne soient fournies qu'en partie ou avec beaucoup de retard, ce qui aurait entravé nettement les possibilités d'action de l'État²⁶⁴.

Ordonnance CS

L'ordonnance CS a elle aussi provisoirement exclu l'application du principe de transparence. Son art. 6, al. 1, prévoyait que le DFF, la FINMA et la BNS échangent les informations non rendues publiques qui étaient nécessaires notamment à l'octroi, à l'administration, à la surveillance et au traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités et des garanties du risque de défaillance. L'al. 3 de cet article excluait l'accès à ces informations et à ces données au titre de la LTrans.

²⁶³ Message du 18 mai 2022 concernant la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique et l'arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement à cet effet, FF 2022 1183

²⁶⁴ FF 2022 1183 p. 27

Dans son rapport explicatif de l'ordonnance CS²⁶⁵, tout en reconnaissant combien il était important de garantir la plus grande transparence possible sur les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération, le Conseil fédéral a souligné que les informations et données des banques concernées étaient très sensibles et qu'elles contenaient des secrets d'affaires ou de fabrication au sens de la LTrans. Pour que la situation juridique soit claire, il a exclu l'accès à ces documents officiels. Si UBS et Credit Suisse avaient craint que des informations sensibles puissent être dévoilées au public, elles auraient pu hésiter à les fournir au DFF et à la BNS²⁶⁶. Il a en outre souligné que la transparence était assurée d'une autre manière, « par la publication appropriée des principaux résultats, indicateurs et conditions-cadres ». Il n'existe cependant pas de droit à la publication de ces informations, dont la forme et le contenu relèvent donc de la seule appréciation du Conseil fédéral.

Il importe de souligner que la LTrans a déjà un champ d'application limité et qu'elle prévoit des exceptions. Selon son art. 2, al. 2, elle ne s'applique pas à la BNS ni à la FINMA. Dans le cas qui nous occupe, même sans l'ordonnance CS, elle n'aurait pas été applicable.

L'art. 7 LTrans prévoit en outre que le droit d'accès est limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel:

- est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (let. a);
- entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (let. b);
- risque de compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse (let. f);
- peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (let. g);
- peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret (let. h).

Comme on le voit, même sans exclusion générale de la LTrans dans une ordonnance de nécessité comme l'ordonnance CS, l'administration fédérale pouvait reporter ou limiter l'accès aux documents dans chaque cas d'espèce.

Lorsqu'il a édicté l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance, le Conseil fédéral voulait éviter tout risque susceptible d'entraver l'échange d'informations prévu à l'al. 1 de cet article. En fin de compte, il a renoncé à prolonger l'exclusion de l'application de la LTrans dans l'ordonnance CS. Il n'a pas non plus proposé au Parlement de reprendre cette réserve dans le projet de modification de la LB qui est en cours d'examen par les commissions parlementaires compétentes. L'ordonnance CS a été révisée avec effet

²⁶⁵ Rapport explicatif du 16 mars 2023 de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique (version du 19.3.2023), www.efd.ch > Place financière

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 12

au 15 septembre 2023. À cette occasion, l'exclusion de la LTrans à l'art. 6, al. 3, a été supprimée²⁶⁷. La suppression n'a pas d'effet rétroactif.

Position du PFPDT

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a fait objection à l'exclusion de la LTrans par le droit de nécessité dans une brève du 6 avril 2023²⁶⁸. Il y insiste sur la distinction à faire entre l'admissibilité du droit de nécessité et celle d'une exclusion de la LTrans par ce dernier:

« Selon les informations actuellement à disposition du PFPDT, le fait que le recours au droit de nécessité constitutionnel soit nécessaire pour soutenir le secteur de l'électricité ou le secteur financier ne permet pas de justifier, dans aucun des cas mentionnés, la nécessité d'exclure également, par la voie du droit de nécessité, le droit des citoyens de pouvoir comprendre l'action de l'administration se fondant sur le droit de nécessité. »

Si l'ordonnance de nécessité n'excluait pas l'application du principe de transparence, les clauses d'exception de la LTrans s'appliqueraient (notamment les art. 7, 8 et 9). Le PFPDT s'était déjà opposé, lors de la consultation sur la LFiEl, à l'exclusion de la LTrans, arguant que cette dernière prévoyait des exceptions en particulier en faveur des intérêts privés des entreprises et garantissait déjà la protection des secrets d'affaires et de la sphère privée²⁶⁹. Dans sa brève du 6 avril 2023, il relève que si la LTrans était restée applicable, l'administration fédérale aurait eu la possibilité, tant dans le cas de l'OFiEl que dans celui de l'ordonnance CS, de limiter l'accès aux documents officiels en vertu de ladite loi en invoquant la protection d'intérêts publics et privés²⁷⁰. De manière générale, il estime que la clause proposée n'était pas utile.

Dans les deux cas exposés ci-dessus, l'exclusion du principe de transparence dans le droit de nécessité a été motivée notamment par le fait que seul ce moyen permettait de garantir le respect des obligations d'annonce et de coopération prévus par la loi. Le PFPDT nie le bien-fondé de cet argument, avançant que dans un État de droit, il est à supposer que les obligations légales d'annonce et de coopération sont respectées et appliquées. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral²⁷¹ et du Tribunal fédéral²⁷² confirme cette opinion. La possibilité que certains enfreignent leur devoir de donner des informations ou des renseignements, même si ce manquement est dû au principe de transparence, ne justifie en rien que l'on restreigne l'application de la LTrans.

Le Conseil fédéral a souligné, lorsqu'il a exclu l'application du principe de transparence dans l'ordonnance CS, que la transparence pouvait aussi être assurée par une information active. Or, le PFPDT relève que le droit de consulter les documents officiels prévu par la LTrans diffère d'une information spontanée de l'administration par

²⁶⁷ RO 2023 495

²⁶⁸ PFPDT, Le droit de nécessité exclut la loi sur la transparence, brève du 6 avril 2023, www.edoeb.admin.ch > Toutes les brèves > 2023 (consulté le 18.3.2024)

²⁶⁹ À ce sujet, voir le message du 18 mai 2022 concernant la LFiEl, FF 2022 1183 p. 8

²⁷⁰ PFPDT, Le droit de nécessité exclut la loi sur la transparence, brève du 6 avril 2023, www.edoeb.admin.ch > Toutes les brèves > 2023 (consulté le 18.3.2024)

²⁷¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4571/2015 du 10 août 2016, consid. 7.3.2

²⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 1C_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 4.3

le fait que le demandeur détermine l'ampleur et le contenu de l'information qu'il souhaite obtenir et qu'il n'appartient pas à la seule autorité d'apprécier si elle veut communiquer une information et de quelle manière²⁷³. L'information active par les autorités ne saurait donc remplacer le droit de consulter les documents officiels sur demande.

9.1.2 *Contra constitutionem* ?

Nous examinerons ici si le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances de nécessité non seulement *contra legem* mais *contra constitutionem*, c'est-à-dire en dérogation à des normes constitutionnelles. Pendant la crise du COVID-19, le gouvernement a par exemple suspendu des délais dans le domaine des droits politiques – délais fixés par la Constitution – alors que cette dernière n'en prévoit pas la possibilité, dans l'ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral²⁷⁴. La mesure ne visait pas à restreindre les droits politiques garantis par la Constitution (art. 34, al. 2, Cst.) ou la démocratie, mais au contraire à les renforcer²⁷⁵, puisque les délais auraient sans cela continué de courir alors que la situation pandémique rendait difficiles les collectes de signature et la mobilisation de personnes (autrement qu'en ligne). La sauvegarde d'intérêts protégés par la Constitution, et elle seule, peut justifier, dans un cas particulier, que l'on s'écarte de la Constitution. De simples intérêts politiques ne suffisent pas. C'est là une particularité du droit de nécessité: des normes sont temporairement invalidées au nom de la protection de l'ordre juridique tout entier. La situation exceptionnelle qui justifie le droit de nécessité est telle qu'un strict respect des normes existantes porterait préjudice aux intérêts protégés par la Constitution²⁷⁶. De telles situations doivent cependant rester l'exception absolue.

Au contraire, l'art. 11, al. 3, de l'ordonnance COVID-19 du 20 mars 2020 culture²⁷⁷ n'était guère compatible avec la garantie de l'accès au juge consacrée à l'art. 29a Cst., car il prévoyait de manière générale que les décisions prises en exécution de l'ordonnance n'étaient pas sujettes à recours²⁷⁸.

Fondamentalement, il convient de concilier différents intérêts antagonistes, qui n'en sont pas moins tous garantis par la Constitution. La mise en balance d'une norme constitutionnelle et des intérêts qu'elle protège *peut* exceptionnellement conduire, dans des situations extrêmes, à ce qu'elle ne doive pas être respectée absolument, afin précisément que ces intérêts soient préservés au mieux²⁷⁹. Il ne faut pour autant en rien considérer comme un vain formalisme le respect du caractère contraignant des

²⁷³ FF 2003 1807 p. 1843 s.

²⁷⁴ RO 2020 847; voir SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 146 ad art. 185 Cst.

²⁷⁵ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 147 ad art. 185 Cst.

²⁷⁶ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 148 ad art. 185 Cst.

²⁷⁷ Dans sa version du 20 mars 2020, RO 2020 855

²⁷⁸ GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, p. 251; GONIN, CR Cst., n° 94 ad art. 185 Cst.

²⁷⁹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 148 ad art. 185 Cst.

dispositions constitutionnelles²⁸⁰. La mesure dans laquelle le droit de nécessité intra-constitutionnel, fondé sur l'art. 185, al. 3, Cst., peut déroger aux normes de la Constitution et les conditions auxquelles il peut le faire sont à juste titre une question disputée²⁸¹.

Fixer un ordre de priorité entre les intérêts protégés par la Constitution présuppose que l'on en distingue de plus essentiels que d'autres²⁸². La Constitution ne fixe toutefois pas de hiérarchie entre ses propres normes. Ceci dit, l'interprétation, et notamment l'examen de la systématique de la Constitution, permettent de dégager des échelles de valeurs. Le Tribunal administratif fédéral l'admet de manière implicite lorsqu'il énonce que le Conseil fédéral doit *en principe* respecter les règles constitutionnelles et *en particulier* les dispositions fondamentales (« *grundlegende Bestimmungen* ») de la Constitution²⁸³. Il serait cependant difficile de fixer dans l'abstrait des critères qui permettrait de déterminer l'importance relative des différentes normes constitutionnelles.

9.1.3 *Contra jus gentium* ?

Les engagements internationaux de la Suisse lient toutes les autorités publiques (Confédération et cantons, pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et valent en principe également en temps de crise (voir les art. 5, al. 4, Cst. et 26 et 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [Convention de Vienne]²⁸⁴). Une ordonnance de nécessité qui se fonde directement sur l'art. 185, al. 3, Cst. peut-elle exceptionnellement déroger aux engagements internationaux de la Suisse ? Cette question n'a guère été abordée par la doctrine²⁸⁵. Quelques-uns ont avancé l'idée que, dans des circonstances extraordinaires et notamment pour protéger des biens juridiques fondamentaux tels que la vie, il était admissible que le Conseil fédéral viole une obligation du droit international²⁸⁶. Les mesures de nécessité qu'il prendrait à cet effet peuvent trouver une motivation dans d'autres normes du droit international, par exemple les obligations de l'État fondées sur le droit à la vie au sens de l'art. 2 CEDH²⁸⁷. Plusieurs traités internationaux prévoient d'ailleurs la possibilité, en cas de danger public menaçant la vie de la nation, de déroger à certaines obligations, à condition que le principe de proportionnalité demeure respecté (dans le domaine des droits de l'homme, voir les art. 15 CEDH et 4 du Pacte II de l'ONU). Le Conseil fédéral engage la responsabilité internationale de la Confédération s'il édicte une règle de nécessité contraire au droit international, parce que l'instrument du droit international en question ne prévoit pas d'exception pour les états de nécessité. En cas de

²⁸⁰ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 148 ad art. 185 Cst.

²⁸¹ Dans ce sens, voir BRUNNER/WILHELM/ÜHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, PJA 2020, p. 685 ss, p. 697 et GONIN, CR Cst., n° 95 ss et en particulier 102 ad art. 185. Sur le sujet, voir aussi SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 148 ad art. 185 Cst.

²⁸² SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 144 ad art. 185 Cst.

²⁸³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4372/2020 du 18 mars 2021, consid. 6.3

²⁸⁴ RS 0.111

²⁸⁵ S'est exprimé à ce sujet: GONIN, CR Cst., n° 81 à 84 ad art. 185.

²⁸⁶ GONIN, CR Cst., n° 83 ad art. 185

²⁸⁷ GONIN, CR Cst., n° 83 ad art. 185

violation des droits de l'homme, la Suisse s'expose à faire l'objet d'un recours de la personne physique concernée ou d'une personne morale devant l'organe de contrôle compétent ou devant une cour internationale.

Enfin, les normes impératives du droit international au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne représentent le cœur absolu des règles de droit auxquelles aucune dérogation n'est permise, pas même en temps de crise et quels que soient les intérêts à préserver. Ces normes priment en tout temps et dans toutes les circonstances le droit national, y compris les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral. Les art. 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst., interdisent d'ailleurs toute dérogation aux règles impératives du droit international en cas de révision totale ou partielle de la Constitution.

9.1.4 Dispositions pénales du droit de nécessité

La maxime « pas de peine sans loi » (*nulla poena sine lege*) est un principe fondamental de l'État de droit (art. 1 CP et 7 CEDH). Dans cette maxime, le terme de « loi » comprend tant les lois au sens formel que les lois au sens matériel, c'est-à-dire qu'il inclut les ordonnances²⁸⁸. Le fait que des contraventions passibles d'une amende puissent être punies par la voie de l'ordonnance est largement admis²⁸⁹. Les peines privatives de liberté doivent en principe être prévues au niveau de la loi formelle (voir art. 36, al. 1, 2^e phrase, Cst.), car elles portent plus gravement atteinte aux droits fondamentaux²⁹⁰. Cela découle aussi directement de l'art. 31 Cst., qui prévoit que nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit²⁹¹.

Au moment de la pandémie de COVID-19, l'admissibilité des dispositions pénales et des peines privatives de liberté dans les ordonnances de nécessité a fait l'objet d'une controverse parmi les auteurs de doctrine²⁹². L'art. 10f de l'ordonnance 2 COVID-19 punissait en effet certains actes en relation avec l'organisation de rassemblements interdits, pour certains d'une amende (art. 10f, al. 2 et 3), pour d'autres d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 10f, al. 1).

Pour une partie de la doctrine, il était douteux que les dispositions pénales prévues dans les ordonnances COVID-19 et en particulier la peine privative de liberté visée à l'art. 10f, al. 1, de l'ordonnance 2 COVID-19 aient une base légale suffisante²⁹³. Dans sa réponse du 1^{er} juillet 2020 à l'interpellation 20.3402 Reimann « Base juridique in-

²⁸⁸ WOHLERS/HENEGHAN/PETERS, *Strafrecht in Zeiten der Pandemie*, 2021, p. 84, avec une référence à ATF 64 I 375, consid. 5; ATF 96 I 24 consid. 4a; ATF 112 Ia 107, consid. 3b; ATF 124 IV 23, consid. 1

²⁸⁹ *Ibid.*, y compris les références au message relatif à la loi COVID-19 (FF 2020 6363); Tribunal d'arrondissement de Dietikon, jugement du 16 février 2021, GB200022, consid. C.1

²⁹⁰ *Ibid.* y compris les références citées

²⁹¹ HANS VEST, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall 2023, n° 9 ad art. 31 Cst.

²⁹² MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf*, tribune dans la NZZ du 16 avril 2020

²⁹³ *Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM*, n° 13 ad art. 1

suffisante pour l'article 10f alinéa 1 de l'ordonnance 2 Covid-19 »²⁹⁴, le Conseil fédéral a invoqué le fait que l'art. 185, al. 3, Cst., sur lequel il s'était fondé, peut être interprété comme l'expression de la clause générale de police, qui autorise des restrictions graves d'un droit fondamental même sans base légale si elles sont nécessaires pour écarter un danger et qu'elles restent proportionnées au but visé. Il y expose que la Confédération peut exceptionnellement renoncer à une base légale formelle pour les peines privatives de liberté lorsque l'art. 185, al. 3, Cst. est invoqué.

Le Tribunal fédéral a retenu – en relation avec la disposition correspondante de l'ancienne constitution – que le Conseil fédéral pouvait, en édictant ces ordonnances destinées à remplacer (provisoirement) des lois formelles, fixer des peines, y compris, le cas échéant, des peines d'emprisonnement, adaptées à la gravité des actes contrevenant aux injonctions et interdictions prononcées²⁹⁵. Rendre des actes passibles d'une peine privative de liberté dans une ordonnance de nécessité ne viole donc pas le principe *nulla poena sine lege* – qui relève du *jus cogens* (voir ch. 9.3.2) – dès lors que la peine encourue reste proportionnée. Pour apprécier la proportionnalité de la mesure, il faut aussi tenir compte de l'effet dissuasif de la sanction prévue, qui a pour conséquence une restriction indirecte des droits fondamentaux.

9.2 Principe de proportionnalité comme limite relative

Les dispositions de nécessité arrêtées par le Conseil fédéral doivent être conformes au principe de proportionnalité. De manière générale, ce principe veut que les dispositions n'aillent pas plus loin que ce qui est absolument requis pour maîtriser la situation et que toute mesure complémentaire souhaitable soit laissée au législateur. La proportionnalité est un principe général de l'État de droit de rang constitutionnel (art. 5, al. 2, Cst.), dont la portée est également fondamentale en droit international. Cependant, si elle s'applique aussi en situation de crise, elle touche là ses limites en raison de son caractère relatif²⁹⁶.

Le principe de proportionnalité exige qu'il y ait un rapport adéquat entre les moyens engagés et le but poursuivi, plus précisément entre le but de l'atteinte aux droits fondamentaux et ses effets. Appliqué à des temps de crise, cela signifie que les mesures du droit de nécessité doivent être dans un rapport approprié à la situation: plus l'état de nécessité est grave, plus les mesures de nécessité peuvent être drastiques. En d'autres termes, plus le danger est grand pour la sécurité et l'ordre publics, plus l'atteinte admissible à la sphère protégée par les droits fondamentaux et les droits de l'homme est grande. Le principe de proportionnalité ne fixe donc pas de limites absolues mais définit un standard relatif. Cette caractéristique prend un relief particulier dans l'appréciation de la légalité des ordonnances de nécessité *contra legem*, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'examiner si une dérogation à la loi formelle dans une ordonnance de nécessité est proportionnée à la situation.

²⁹⁴ www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 20.3402

²⁹⁵ ATF 123 IV 29, 38

²⁹⁶ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf. Wer am Gesetz vorbei nur auf Verhältnismässigkeit abstellt, gibt notwendigerweise dem Mächtigen recht, tribune dans la NZZ du 16 avril 2020.

L'état de nécessité présente précisément le risque que certaines normes et garanties juridiques soient temporairement invalidées ou relativisées afin que l'ordre juridique dans son ensemble soit sauvegardé. Il est essentiel d'observer des limites absolues en plus du standard relatif de la proportionnalité pour garantir un socle de principes auxquels il n'est en aucun cas possible de déroger – quels que soient les dangers auxquels le pays est confronté.

9.3 Limites absolues en droit international

Outre le principe de proportionnalité, qui a un caractère relatif, tant le droit international que le droit constitutionnel (sur ce dernier point, voir ch. 9.4) fixent des limites absolues. Le droit international garantit certains droits qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité. Le droit international impératif (*jus cogens*) en général et les droits de l'homme indérogeables font partie des règles impératives du droit international.

9.3.1 Droit international impératif

Selon l'art. 53, 2^e phrase, de la Convention de Vienne, « [...] une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise [...] » (*jus cogens*). Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère, c'est-à-dire qui appartient aussi au *jus cogens*. Ces normes ont pour la communauté internationale un caractère fondamental tel qu'elles s'imposent à tous les États. Le Conseil fédéral s'est exprimé à ce sujet dans son rapport du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805 du groupe libéral-radical « Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne »²⁹⁷: aucun État ne peut violer ces normes, sous aucun prétexte²⁹⁸. Le Conseil fédéral doit donc toujours respecter le *jus cogens* lorsqu'il fait usage de sa compétence d'édicter du droit de nécessité. Il n'existe pas de liste exhaustive et contraignante des normes impératives. Sont unanimement reconnus comme en faisant partie les interdictions de la torture, de l'esclavage et du génocide, le principe du non-refoulement, l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, l'égalité souveraine des États et les principes fondamentaux du droit international humanitaire²⁹⁹.

²⁹⁷ Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805 « Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne », www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 13.3805 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 12 s.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 12 s.

9.3.2 Droits de l'homme indérogeables

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, et dans la mesure où la situation l'exige, l'État peut prendre des mesures dérogeant largement à ses obligations internationales en matière de droits de l'homme (voir les art. 15, par. 1, CEDH et 4 du Pacte II de l'ONU). La CEDH et le Pacte II de l'ONU immunisent cependant certains droits contre toute atteinte. Ces droits ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité.

La CEDH décrète comme étant indérogeables les droits suivants (art. 15, par. 2): l'interdiction des exécutions arbitraires (art. 2), l'interdiction de la torture (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4, par. 1) et le principe « pas de peine sans loi » (art. 7). S'y ajoutent l'interdiction de la peine de mort (art. 3 du protocole n° 6 du 28 avril 1983³⁰⁰ et art. 2 du protocole n° 13 du 13 mai 2002 à la CEDH³⁰¹) et le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (principe *ne bis in idem*; art. 4 du protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH³⁰²).

Le Pacte II de l'ONU interdit toute dérogation aux droits suivants (art. 4, par. 2): le droit à la vie (art. 6), les interdictions de la torture (art. 7) et de l'esclavage (art. 8), l'interdiction de la contrainte par corps (art. 11), le principe « pas de peine sans loi » (art. 15), le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (art. 16) et la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18).

L'un comme l'autre de ces traités exigent par ailleurs que la suspension des obligations en matière de droits de l'homme en cas d'état d'urgence, dès lors qu'il n'est pas interdit d'y déroger, doit néanmoins obéir au principe de proportionnalité. Contrevenir à ces droits n'est admissible que dans la stricte mesure où la situation l'exige. L'atteinte aux droits de l'homme doit satisfaire en l'espèce aux exigences du principe de proportionnalité du point de vue matériel, géographique et temporel, les États parties disposant toutefois d'une ample marge d'appréciation³⁰³. Il convient d'examiner, pour chaque mesure dérogoire et pour chaque droit touché, si la dérogation est admissible. Concrètement, les mesures de nécessité ne doivent pas restreindre à l'excès les droits de l'individu, elles doivent se déployer strictement sur les parties du territoire national dans lesquelles survient le danger public et elles ne doivent pas être de durée illimitée.

De plus, ces clauses dérogoires exigent que les mesures prises ne soient pas contraires à d'autres obligations de droit international. On songe ici en particulier au droit international humanitaire (« droit de la guerre » ou *jus in bello*), qui s'applique en cas de conflit armé et dont il n'est pas possible de s'écarter. L'art. 4, par. 1, du Pacte II de l'ONU prévoit en outre que les mesures de nécessité ne doivent pas entraîner une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale³⁰⁴. Enfin, l'état de nécessité doit être officiellement proclamé dans le pays et les mesures prises communiquées à l'organe de contrôle de cet instrument.

³⁰⁰ RS **0.101.6**

³⁰¹ RS **0.101.093**

³⁰² RS **0.101.07**

³⁰³ CEDH, Arrêt A. et autres c. Royaume-Uni du 19 février 2009 (Grande Chambre), Req. n° 3455/05, § 173 et 182

³⁰⁴ CEDH, Arrêt A. et autres c. Royaume-Uni du 19 février 2009 (Grande Chambre), Req. n° 3455/05, § 187 ss

Le Conseil fédéral considère que les garanties de la CEDH et du Pacte II de l'ONU qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité font partie des règles *impératives* du droit international, comme il l'a affirmé à plusieurs reprises³⁰⁵. Le fait que certains droits de l'homme sont ainsi immunisés a pour conséquence que le Conseil fédéral ne peut pas les restreindre au titre de sa compétence d'édicter du droit de nécessité en vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.

9.4 Limites absolues en droit constitutionnel

Le droit constitutionnel suisse ne fixe pas de limites absolues au droit de nécessité. Il est toutefois possible, par la voie de l'interprétation, d'identifier certaines normes fondamentales de la Constitution que le Conseil fédéral est tenu de respecter lorsqu'il use de sa compétence d'édicter du droit de nécessité fondé directement sur la Constitution.

9.4.1 Principes de l'activité de l'État régi par le droit

Lorsqu'il prend des mesures fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral est tenu de respecter les principes de l'activité de l'État régi par le droit conformément à l'art. 5 Cst.³⁰⁶:

- le principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst.);
- l'intérêt public et la proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.);
- les règles de la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.);
- le respect du droit international (art. 5, al. 4, Cst.).

Le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale³⁰⁷ cite les principes de l'État de droit qui limitent la compétence du Conseil fédéral d'édicter du droit de nécessité en vertu de l'art. 185, al. 3, Cst.³⁰⁸ Les règles fixées par de telles ordonnances doivent être « indispensables, dictées par des impératifs de temps, justifiées par des intérêts publics prépondérants et proportionnées aux circonstances »³⁰⁹. Elles doivent en particulier respecter les principes de l'égalité et de la bonne foi³¹⁰. Le Conseil fédéral a néanmoins avancé, dans son avis du 17 juin 2009 sur le rapport de la DélCdG concernant l'affaire Tinner³¹¹, que les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. relativisent le principe de légalité en cas de situation extraordinaire³¹².

³⁰⁵ Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805 « Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne », www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 13.3805 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire, p. 13 et références citées

³⁰⁶ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 149 ad art. 185 Cst.

³⁰⁷ FF 1997 I 1

³⁰⁸ FF 1997 I 1 p. 426

³⁰⁹ FF 1997 I 1 p. 426

³¹⁰ FF 1997 I 1 p. 426

³¹¹ FF 2009 4493

³¹² FF 2009 4551 p. 4554

Le respect du droit international est cité à l'art. 5, al. 4, Cst. comme un des principes de l'État de droit. Il s'agit donc à la fois d'une obligation découlant du droit international lui-même (voir les art. 26 et 27 de la Convention de Vienne) et d'une obligation de droit constitutionnel. Les « règles impératives du droit international », notion autonome fixée aux art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst., sont les limites matérielles de toute révision de la Constitution. On peut en induire qu'elles sont aussi une limite absolue du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral.

Enfin, le droit de l'Assemblée fédérale de se convoquer elle-même fait partie des dispositions constitutionnelles que le Conseil fédéral est tenu d'observer sans réserve, même si l'on admet la licéité de mesures *contra constitutionem* dans des situations exceptionnelles³¹³. Le Conseil fédéral ne peut endosser le rôle du législateur à titre subsidiaire que pour une période limitée.

9.4.2 Essence des droits fondamentaux

La Constitution ne comporte pas de clause dérogatoire qui règle la suspension de droits fondamentaux, contrairement à la CEDH et au Pacte II de l'ONU.

Il faut tout d'abord établir une distinction entre la dérogation aux droits fondamentaux en cas de danger public et les restrictions ordinaires des droits fondamentaux et des droits de l'homme dans les conditions prévues par l'art. 36 Cst. La doctrine considère que les ordonnances de nécessité fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. sont en principe une base juridique suffisante pour les restrictions des droits fondamentaux qui nécessitent normalement une base légale formelle, puisque le Conseil fédéral prend temporairement la place du législateur en situation extraordinaire. Il peut, comme on l'a dit plus haut, légiférer *contra legem* par la voie de ces ordonnances de substitution pour maîtriser la crise, mais seulement pour une durée limitée, c'est-à-dire tant que dure l'état de nécessité. La clause générale de police de l'art. 36, al. 1, 3^e phrase, Cst. prévoit également qu'une base légale n'est pas nécessaire pour restreindre les droits fondamentaux dans les cas de danger sérieux, direct et imminent.

Dans tous les cas, l'art. 36, al. 4, Cst. consacre l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux. Le droit de nécessité ne peut en aucune circonstance porter atteinte aux éléments essentiels de ces droits. Le rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne³¹⁴ dresse l'état de l'essence des droits fondamentaux, évoquée explicitement dans le texte de la Constitution et largement reconnue par la doctrine et la jurisprudence. Elle comprend: l'interdiction de l'infliction arbitraire de la mort (art. 10, al. 1, 1^{re} phrase, Cst.); l'interdiction de la peine de mort (art. 10, al. 1, 2^e phrase, Cst.); l'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (art. 10, al. 3, Cst.); le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.); l'interdiction des mariages forcés (art. 14 Cst.); le droit de ne pas être contraint à adhérer ou à appartenir à une communauté religieuse, à accomplir un acte religieux ou à suivre un enseignement religieux (art. 15, al. 4, Cst.); l'interdiction faite

³¹³ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 145 ad art. 185 Cst.

³¹⁴ FF 2011 3401

à l'État de contraindre une personne à s'identifier en son for intérieur à l'opinion d'autrui (art. 16 Cst.); l'interdiction de la censure préalable systématique (art. 17, al. 2, Cst.); le droit de parler la langue de son choix dans le domaine privé (art. 18 Cst.); l'interdiction d'expulser des ressortissants suisses (au sens de leur ordonner de quitter le territoire national avec défense de rentrer en Suisse; art. 25, al. 1, 1^{re} phrase, Cst.); l'interdiction de refouler ou d'extrader une personne sur le territoire d'un État dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains (art. 25, al. 3, Cst.); l'interdiction de porter atteinte à la propriété en tant qu'institution juridique, par exemple du fait d'une imposition à effet confiscatoire ou du fait du remplacement de la propriété par des droits de jouissance conférés par l'État (art. 26 Cst.); l'interdiction faite à l'État de contraindre une personne à exercer une profession donnée ou une activité économique donnée (art. 27 Cst.).³¹⁵

L'essence des droits fondamentaux doit être concrétisée au regard du droit à la dignité humaine³¹⁶. Les droits fondamentaux élémentaires cités ci-dessus ont tous un lien direct avec la protection de la dignité humaine.

9.5 Synthèse

La Constitution ne prévoit pas explicitement de limites à l'adoption de droit de nécessité. Certes, les limites matérielles de la révision constitutionnelle (règles impératives du droit international mentionnées aux art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.) et le noyau indérogeable des droits de l'homme et des droits fondamentaux (essence des droits fondamentaux au sens de l'art. 36, al. 4, Cst.) dessinent un cercle à ne pas franchir lorsque le Conseil fédéral édicte du droit de nécessité. Quant à d'autres principes constitutionnels tels que le fédéralisme et l'État social, il semble difficile de dégager un noyau dur qui ne souffrirait aucune dérogation, même en cas de nécessité.

Le groupe d'experts est d'avis que des dispositions de nécessité *contra legem* sont en principe licites et ne devraient pas être limitées à la protection des biens de police, afin que le Conseil fédéral conserve sa capacité d'action. Il n'exclut pas non plus en soi le fait que le droit de nécessité déroge à la Constitution. Une majorité de ses membres admet cette possibilité dans trois cas de figure: premièrement, lorsque le droit de nécessité est contraire à des normes formelles et non matérielles de la Constitution; deuxièmement, lorsque le droit de nécessité renforce la démocratie et l'État de droit plutôt qu'il ne les affaiblit (comme dans le cas de la prolongation des délais référendaires durant la crise du COVID-19); troisièmement, lorsqu'il limite le pouvoir du Conseil fédéral au lieu de l'étendre.

Par ailleurs, le groupe d'experts a émis des réserves quant à l'idée de fixer expressément des limites au droit de nécessité dans la Constitution. Même si les droits de l'homme qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité ne sont pas controversés, il serait difficile d'identifier d'autres principes absolus. On risquerait au contraire de créer une mauvaise incitation: alors que les droits fondamentaux s'appli-

³¹⁵ FF 2011 3401 p. 3430 s.

³¹⁶ FF 1997 I 1 p. 142, et RAINER J. SCHWEIZER/CHRISTOPH A. SPENLÉ, St. Galler Kommentar BV, 4^e éd., n° 24 ad art. 7, p. 71 ss

quent aujourd’hui même en cas de crise, on éveillerait l’impression, en en désignant certains comme des limites du droit de nécessité, que les autres peuvent être restreints sans autre considération. Le principe doit demeurer qu’il faut respecter les droits fondamentaux même en situation de crise. Une codification de cette problématique serait contre-productive. Le groupe d’experts trouve plus judicieux de réfléchir aux moyens d’améliorer les procédures et les contrôles.

Le groupe de travail considère lui aussi avec scepticisme l’idée d’instaurer des limites dans la Constitution. Si ce devait être le cas, il faudrait se limiter à quelques critères. Quoique de telles limites soient sans aucun doute de nature à accroître la légitimité du droit de nécessité, la démarche se heurte à la difficulté que pose la liste non exhaustive des droits auxquels le droit de nécessité ne peut déroger³¹⁷.

10 Contrôle juridique du droit de nécessité

10.1 Contrôle juridique

10.1.1 Remarques générales

Les temps de crise sont aussi un défi pour le système judiciaire³¹⁸. Les décisions prises en vertu d’une ordonnance de nécessité fondée directement sur la Constitution peuvent être portées devant les tribunaux dans certaines conditions. Le contrôle judiciaire des ordonnances elles-mêmes n’est par contre possible qu’indirectement, au travers d’un recours contre une décision fondée sur leurs dispositions³¹⁹. Le droit en vigueur ne prévoit en principe pas de contrôle juridique préventif (art. 189, al. 4, Cst.)³²⁰.

³¹⁷ Voir cependant GONIN, CR Cst., n° 194 ad art. 185, qui propose des exemples possibles de limites matérielles autonomes du droit de nécessité (l’interdiction de remettre en cause le régime politique de la Suisse, la primauté de l’Assemblée fédérale, la prise de décision collégiale du Conseil fédéral, des majorités qualifiées au Parlement pour le report de date d’élections, des règles d’interprétation des dispositions du droit de nécessité, etc.).

³¹⁸ DANIELA THURNHERR, Rechtsschutz in der Krise, in: Pärli Kurt/Weber-Fritsch Tabea R. (édit.), Symposium #iuscoronae, Rechtswissenschaft in der Corona-Krise, Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der Juristischen Fakultät Basel, Bâle 2021; JOHANNA JEAN-PETIT-MATILE, Gerichtliche Kontrolle von Notrecht, in: Jusletter du 27 mai 2024; Pétition du Verein Notrechtsinitiative 23.2018 du 4 mai 2023 « Renforcer le contrôle exercé par les tribunaux sur le droit de nécessité »

³¹⁹ KASPAR GERBER, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, in: sui-generis 2020, p. 249; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1624/2020 du 25 mars 2020; arrêt du Tribunal fédéral 2C_280/2020 du 15 avril 2020, consid. 2.2 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 2F_7/2020 du 27 avril 2020

³²⁰ KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 50 ad art. 184 Cst. Selon la jurisprudence, sont réservés, en qualité d’exception prévue par l’art. 189, al. 4, Cst., les cas de conflits de compétence entre autorités fédérales et cantonales mentionnés par l’art. 120, al. 1, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Si le Tribunal fédéral a à juger d’un litige entre des autorités fédérales et des autorités cantonales portant sur un acte normatif (y inclus les ordonnances de nécessité), le contrôle judiciaire direct de cet acte est possible. Cette voie de droit est cependant réservée à la Confédération, aux cantons et éventuellement à des organes intercantonaux, à l’exclusion des particuliers (voir KARL-MARC WYSS, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidg. Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Zurich / St-Gall 2020, n° 483 et les références citées).

La question de l'opportunité de permettre un examen par le juge, sous la forme d'un contrôle abstrait des normes, des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. et, éventuellement, des ordonnances de nécessité de l'Assemblée fédérale fondées sur l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. s'est posée lors du traitement des initiatives parlementaires de la CIP-N 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ». La CIP-N a donné suite, le 25 mai 2021, à l'initiative parlementaire du groupe des Verts 20.430 « Ordonnances de nécessité. Contrôle abstrait des normes » par 13 voix contre 10 et deux abstentions. Se penchant sur les propositions de modification de loi élaborées par sa sous-commission dans le cadre des travaux sur l'objet 20.437/20.438, elle a néanmoins rejeté l'idée d'un contrôle abstrait des normes, le 15 octobre 2021, par 19 voix contre 5 et une abstention. Le 27 février 2023, le Conseil national a décidé à une nette majorité de ne pas donner suite à l'initiative du groupe des Verts. À une exception près, seuls les membres du groupe des Verts ont voté en faveur de la poursuite des travaux. Le conseiller national Jean-Luc Addor a déposé le 1^{er} mars 2021 l'initiative parlementaire 21.404 « Pour un contrôle judiciaire des actes du Conseil fédéral fondés sur le droit d'urgence », qui demandait un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral mais non pas de celles du Parlement fondées sur l'art. 173, al. 1, let. c, Cst.; il l'a retirée le 15 octobre 2021.

Dans son avis du 16 février 2022 sur le rapport de la CIP-N du 27 janvier 2022 concernant les initiatives parlementaires 20.437 et 20.438³²¹, le Conseil fédéral s'était prononcé contre un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité. Il y soulignait qu'en vertu du droit en vigueur, ces ordonnances peuvent faire l'objet d'un contrôle préjudiciel dans un cas concret (contrôle concret des normes), par la voie du recours, et que les autorités chargées d'appliquer le droit sont tenues d'office de ne pas appliquer les dispositions d'actes contraires au droit supérieur si le recours est accepté³²².

La CIP-N avance, dans son rapport du 27 janvier concernant ces initiatives, plusieurs arguments *contre* un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité³²³:

- La commission invoque l'insécurité juridique que créerait l'introduction d'une possibilité de recourir contre ces ordonnances, particulièrement malvenue dans un temps de crise, ainsi que le temps que prend le fait de porter un acte devant les tribunaux. De plus, la population risque d'avoir affaire à deux avis différents (celui du Parlement et celui du Tribunal fédéral).
- La commission affirme également que le contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral doit rester du ressort du Parlement et ne doit pas être confié aux tribunaux. Selon l'art. 7d, al. 2, let. a, LOGA, une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst. devient caduque six mois après son entrée en vigueur si ce dernier n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale, dans ce délai, un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance.

³²¹ FF 2022 433

³²² FF 2022 433 p. 13 ch. 2.12. Les lois fédérales contraires au droit supérieur doivent cependant être appliquées, conformément à l'art. 190 Cst.

³²³ FF 2022 301, ch. 3.2.5.2

Cette disposition garantit le mécanisme de contrôle parlementaire. La commission ajoute qu'un arrêt du Tribunal fédéral rendu avant les délibérations parlementaires anticiperait l'appréciation faite par le pouvoir législatif, limitant la liberté de décision de ce dernier; tandis qu'un arrêt postérieur aux délibérations parlementaires représenterait *de facto* un contrôle judiciaire de l'activité législative du Parlement, ce qui serait une anomalie dans le régime juridique suisse (voir les art. 189, al. 4, et 190 Cst.).

Une minorité de la commission s'est prononcée *pour* un contrôle abstrait des normes, avec les arguments suivants:

- Un contrôle abstrait des normes renforcerait la sécurité du droit. Il permettrait d'examiner de manière approfondie la proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux.
- Un contrôle abstrait des normes aurait en outre un effet préventif. L'autorité qui édicte du droit de nécessité donnerait plus d'importance aux arguments juridiques qu'elle invoque.

Le groupe d'experts a mené une discussion nourrie sur l'instauration d'un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité. Conscients des enjeux temporels d'un tel contrôle, ses membres estiment possible que l'on mette en place des procédures d'urgence. Ils ont rappelé que les autorités judiciaires doivent et peuvent rendre des décisions rapidement dans d'autres procédures, par exemple lorsqu'elles examinent une privation de liberté à des fins d'assistance ou lorsqu'elles ordonnent une détention provisoire. Un contrôle strict leur semble important, car le Conseil fédéral se donne à lui-même le pouvoir d'édicter du droit de nécessité, au lieu d'y être habilité par un autre organe comme c'est le cas dans la procédure législative ordinaire.

Le groupe de travail est au contraire opposé à l'instauration d'un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité. Cette procédure serait une anomalie dans le système juridique fédéral, puisque le droit ordinaire – c'est-à-dire les lois fédérales – ne sont pas soumises à un contrôle abstrait des normes, en vertu de l'art. 190 Cst. Le groupe de travail trouverait en outre délicat de permettre au Tribunal fédéral d'abroger *a posteriori* des ordonnances de nécessité: cela soulèverait des questions de droit à réparation et cela affaiblirait la sécurité du droit et la crédibilité du gouvernement. Enfin, il a avancé l'argument que le pouvoir judiciaire dispose déjà de procédures fonctionnelles dans le cadre du contrôle concret des normes pour examiner la gestion des crises.

Dans l'affaire *Communauté genevoise de l'action syndicale contre Suisse*³²⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que le droit suisse ne permet pas un contrôle direct de la constitutionnalité d'une ordonnance de niveau fédéral telle que l'ordonnance 2 COVID-19. Conformément aux art. 189, al. 4, Cst. et 82, let. b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)³²⁵, seuls les actes normatifs cantonaux peuvent être portés devant le Tribunal fédéral en tant que tels dans le but d'en alléguer l'inconstitutionnalité. Néanmoins, un examen de la conformité d'actes normatifs de

³²⁴ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 novembre 2023 dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, req. n° 21881/20 (Grande Chambre)

³²⁵ RS 173.110

l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral avec le droit de rang supérieur est possible, à titre préjudiciel, dans le cadre d'un recours ordinaire introduit contre une mesure d'application desdits actes devant les instances judiciaires de tous les niveaux. Selon la Cour, une contestation préjudicielle de constitutionnalité introduite dans le cadre d'un recours ordinaire dirigé contre un acte d'application des ordonnances fédérales représente une voie de recours directement accessible aux justiciables et permettant d'obtenir, le cas échéant, une déclaration d'inconstitutionnalité³²⁶.

L'importance des voies de droit est incontestable dès lors que le Conseil fédéral s'écarte de la procédure législative ordinaire pour édicter du droit de nécessité en se fondant sur la Constitution ou sur des dispositions de lois spéciales applicables en cas de crise. Premièrement, les ordonnances et décisions de nécessité qu'il adopte restreignent parfois fortement les droits fondamentaux. Deuxièmement, elles sont plus susceptibles de comporter des erreurs que les dispositions normatives et les actes individuels arrêtés par la voie ordinaire, d'abord en raison de l'urgence et de la dimension matérielle des crises mais aussi parce que les effets des mesures prises sont difficiles à prédire lorsque survient une situation appelée à évoluer³²⁷. Les mesures de droit de nécessité pourraient s'avérer avoir été plus drastiques que ce qui était absolument nécessaire pour parer au plus fort de la crise. Des voies de droit efficaces sont sans aucun doute de nature à renforcer de manière générale la confiance dans l'État, même si elles aboutissent dans l'un ou l'autre cas à une condamnation des décisions prises par le pouvoir exécutif. Quelle que soit la forme de la protection juridictionnelle, les situations de crise qui s'aggravent rapidement, comme ce fut le cas de l'épidémie de COVID-19, et qui peuvent s'installer dans une plus longue durée, génèrent une certaine insécurité juridique du fait du rythme rapide des adaptations normatives. Enfin, le bon fonctionnement des voies de droit a aussi une fonction de protection préventive en regard de crises futures qui nécessiteraient des mesures de droit de nécessité.

Néanmoins, précisément dans les situations de crise, l'exécutif doit pouvoir réagir et prendre les mesures appropriées très rapidement, pour éviter que l'État, la société ou certaines parties de la population ne subissent de graves préjudices³²⁸. Pour prendre l'exemple du début de la crise du COVID-19, en mars 2020, le Conseil fédéral était tenu de trouver des solutions à la fois immédiates et efficaces, mais aussi défendables sous l'angle constitutionnel, afin de protéger des biens juridiques fondamentaux et d'éviter que les structures économiques et celles indispensables au fonctionnement de l'État ne subissent d'encore plus grands dommages³²⁹. Le Tribunal fédéral a conclu, en relation avec la transmission de données bancaires des clients d'UBS aux autorités fiscales américaines, que même en cas d'inaction du législateur, l'État ne saurait renoncer à protéger des biens juridiques fondamentaux ou des biens de police, si ces biens font l'objet d'une obligation de protection de sa part³³⁰. Ces propos visaient le domaine d'application de la clause générale de police (art. 36, al. 1, Cst.) mais ils peuvent être transposés au cas du droit de nécessité fondé sur les art. 184, al. 3, et 185,

³²⁶ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 novembre 2023 dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, req. n° 21881/20 (Grande Chambre), § 151 ss.

³²⁷ KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 50 ad art. 185 Cst.

³²⁸ SAXER / BRUNNER, Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, n° 66 ad art. 185.

³²⁹ SUSANNE KUSTER, Navigieren auf Sicht, in: Jusletter du 15 février 2021, n° 20

³³⁰ ATF 137 III 431, 445, consid. 3.3.2

al. 3, Cst. Dans le message de 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral expliquait déjà que le maintien de la sécurité intérieure équivaut à « garantir les règles les plus fondamentales de la coexistence pacifique, à protéger les institutions étatiques, à défendre la société et les individus contre les menaces élémentaires, ainsi qu'à empêcher les crises sociales ». Outre la protection des biens de police, il lui reconnaissait une composante « de politique nationale et de sécurité qui revêt une dimension prospective et universelle (p. ex. l'écologie) »³³¹.

Un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité devrait avoir lieu dans le contexte d'urgence dans lequel le Conseil fédéral élabore les bases juridiques des mesures immédiates nécessaires pour juguler la crise. Le Tribunal fédéral devrait examiner la légalité de ces ordonnances en urgence absolue, sans avoir une meilleure vue d'ensemble que le gouvernement de la dimension matérielle et temporelle d'une crise imminente ou déjà amorcée. Il lui serait difficile, dans ces conditions, d'apprécier la proportionnalité de certaines mesures prévues par le droit de nécessité. La mise en place d'un tel contrôle pourrait même éveiller des attentes que les juges ne pourraient remplir, obligés qu'ils seraient de laisser au Conseil fédéral une grande marge de manœuvre juridique dans des situations dont l'évolution échappe à toute prévision. Le Tribunal fédéral devrait éventuellement examiner des actes normatifs que le Conseil fédéral aurait déjà adaptés entre-temps pour répondre aux aléas de la crise. Dans de tels cas, le contrôle abstrait des normes ne ferait qu'aggraver l'insécurité juridique, même s'il n'avait pas d'effet suspensif. Lorsqu'éclate une crise telle que le Conseil fédéral doit prendre des mesures de nécessité, il ne faut pas mélanger les responsabilités. Le Conseil fédéral doit porter la pleine responsabilité de ses ordonnances de nécessité.

L'épidémie de COVID-19 a également relancé le débat de fond récurrent sur l'introduction d'une juridiction constitutionnelle. Les deux motions de même teneur 21.3689 Engler et 21.3690 Zopfi « Consacrer le contrôle de constitutionnalité pour renforcer les droits fondamentaux, le fédéralisme et l'État de droit » voulaient charger le Conseil fédéral de présenter un projet d'acte législatif permettant le contrôle judiciaire de la conformité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale avec la Constitution. Le principe d'application de l'art. 190 Cst. s'y oppose aujourd'hui.

Les motionnaires ont fait valoir que la juridiction constitutionnelle renforce les droits des citoyens et le fédéralisme, car il n'est pas possible aujourd'hui de contrôler le respect de la répartition des compétences par le législateur fédéral. Dans son avis du 8 septembre 2021, le Conseil fédéral a proposé de rejeter les motions. Il a fait valoir qu'un renforcement de l'État de droit et du fédéralisme emportait « le risque d'une intervention dans un système de séparation des pouvoirs équilibré et fonctionnel, dans lequel l'aspect de la démocratie directe revêt traditionnellement une grande importance ». Les lois fédérales sont sujettes au référendum. Les cantons ont différentes possibilités d'intervenir au niveau fédéral, par exemple dans le cadre de la procédure de consultation, par le biais du Conseil des États ou, le cas échéant, par le biais du

³³¹ FF 1997 I 1 p. 406. KUSTER, Navigieren auf Sicht, in: Jusletter du 15 février 2021, n° 28 et SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 110 ad art. 185 Cst.

référendum cantonal. Le 12 septembre 2022, le Conseil des États a clairement rejeté les deux motions³³².

10.1.2 Fonction d'expertise du Tribunal fédéral

Une possibilité pour associer une instance judiciaire, indépendante de l'administration, au contrôle des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral, sans restreindre la responsabilité et la marge d'action conférées au Conseil fédéral en cas de crise par les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., serait d'inviter le Tribunal fédéral à rendre un avis. Selon l'art. 189, al. 3, Cst., la loi peut lui conférer d'autres compétences que celles déjà prévues. Dans son rapport du 5 mars 2010 « Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit »³³³, élaboré en réponse au postulat Pfisterer 07.3360 « Renforcement du contrôle préventif de la constitutionnalité », le Conseil fédéral a étudié la possibilité de demander systématiquement un avis consultatif préalable au Tribunal fédéral, sur le modèle du Conseil d'État belge ou français ou du Conseil constitutionnel français, lesquels sont consultés avant toute modification des lois ou de la constitution³³⁴. Que ce soit en France ou en Belgique, le résultat de l'examen du Conseil d'État n'oblige pas le gouvernement. Par contre, en France, les modifications de la constitution ne peuvent pas être promulguées sans avoir été approuvées par le Conseil constitutionnel³³⁵. On pourrait par exemple imaginer que le Tribunal fédéral puisse être invité par la Conseil fédéral ou par l'Assemblée fédérale (éventuellement par ses deux Commissions des affaires juridiques) lorsqu'une ordonnance de nécessité du Conseil fédéral touche un grand nombre de destinataires, a un grand impact sur la société ou restreint gravement les droits fondamentaux.

Un examen à titre d'expertise par le Tribunal fédéral ne remettrait pas en question le caractère obligatoire des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral, mais il jouerait le rôle d'un contrôle de qualité et pourrait être pris en compte par le Conseil fédéral ou par l'Assemblée fédérale au moment d'adapter l'ordonnance en question ou de la reprendre en droit ordinaire. Il aurait aussi un effet préventif lors de l'adoption de futures ordonnances de nécessité. Pour confier cette tâche au Tribunal fédéral, il faudrait adapter la LTF. Le rapport « Renforcement du contrôle préventif de la conformité » évoque la nécessité de modifier la Constitution³³⁶. Ces propos se rapportent toutefois à un contrôle préventif régulier des modifications de la Constitution et des lois fédérales. La question d'un contrôle des ordonnances de nécessité n'a pas la même importance politique, si bien qu'une révision constitutionnelle ne semble pas nécessaire: il s'agit seulement de contrôler des dispositions édictées par l'exécutif dans une procédure qui s'écarte de la procédure législative ordinaire.

L'idée de demander des expertises du Tribunal fédéral a été rejetée. Cet instrument serait une anomalie dans la législation suisse. Ses effets ne seraient pas comparables

³³² BO 2023 652 ss

³³³ FF 2010 1989

³³⁴ FF 2010 1989 p. 2051 à 2055

³³⁵ Pour les attributions du Conseil d'État belge, voir FF 2010 1989 p. 2029; pour les attributions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel français, voir les p. 2032 s.

³³⁶ FF 2010 1989 p. 2054 s.

à un contrôle judiciaire contraignant. Les systèmes politiques français et belge diffèrent nettement du système suisse. De plus, il se pose la question du rapport entre ces avis consultatifs du Tribunal fédéral et le contrôle concret des normes qui s'effectue *a posteriori*.

10.1.3 Contrôle préalable effectué par l'OFJ

L'art. 7, al. 3, de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP)³³⁷ prévoit que l'OFJ examine la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur et leur exactitude quant au fond ainsi que, en collaboration avec la ChF, leur pertinence dans la perspective de la technique législative et de la rédaction. Tous les projets normatifs passent entre les mains des unités de législation de l'OFJ. L'examen effectué par ces services est un élément important du processus d'assurance de la qualité de la législation³³⁸.

Dans son rapport du 5 mars 2010 « Renforcement du contrôle préventif de la conformité »³³⁹, le Conseil fédéral définit ainsi l'objectif du contrôle préventif: celui-ci signale à l'Assemblée fédérale, au Conseil fédéral et à l'administration, quand ils travaillent à la préparation et à l'adoption de dispositions constitutionnelles, de lois ou d'ordonnances ainsi qu'à la conclusion de traités internationaux, les limites juridiques qu'ils doivent observer. Il s'agit notamment d'assurer que les compétences des cantons, celles de l'Assemblée fédérale et celles du Conseil fédéral, de même que les droits de participation du peuple (référendum), ne soient pas amputés et que des réglementations nouvelles respectent bien les données matérielles du droit supérieur, en particulier les droits fondamentaux³⁴⁰.

Le groupe d'experts est favorable à un renforcement du contrôle préventif des normes effectué par l'OFJ (accompagnement législatif) lors de l'élaboration du droit de nécessité. Il a remarqué que la publication des résultats de cet examen donnerait davantage de poids au contrôle préventif.

Le groupe de travail considère lui aussi que le contrôle préventif de la législation par l'OFJ est une tâche centrale. Il souligne l'importance de pouvoir se raccrocher aux processus existants dans les situations de crise. Cela étant, il faudrait disposer des effectifs permettant de faire face à ces situations. Les ressources nécessaires, ainsi que la coopération entre les offices fédéraux, devraient être intégrés aux instruments de la gestion de la continuité des activités.

Un défi majeur lors de l'adoption d'ordonnances de nécessité est l'extrême urgence. Dans le cas des ordonnances COVID-19, par exemple, les dispositions ont souvent dû être élaborées en quelques jours, parfois même en l'espace d'une nuit, si bien que des étapes qui normalement se succèdent ont été presque simultanées. Les connaissances

³³⁷ RS 172.213.1

³³⁸ SUSANNE KUSTER, Navigieren auf Sicht, in: Jusletter du 15 février 2021, n° 2

³³⁹ FF 2010 1989

³⁴⁰ FF 2010 1989 p. 1990

limitées en matière d'examen de la proportionnalité sont un autre aspect des difficultés rencontrées.

Les ordonnances de nécessité sont élaborées dans les départements et offices de tutelle, qui ont la compétence matérielle. Après avoir examiné les mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19, la CdG-N a prié le Conseil fédéral d'examiner si l'OFJ pourrait collaborer directement à la conception des textes normatifs. Aux termes de son rapport du 30 juin 2023 « Respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19, à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID-19 »³⁴¹, elle suggère que l'OFJ détache certains de ses collaborateurs dans les offices spécialisés en cas de crise, afin qu'ils examinent les questions juridiques qui se posent dès la conception des mesures³⁴². Le Conseil fédéral, dans son avis du 29 septembre 2023 sur le rapport de la CdG-N³⁴³, s'est opposé à cette idée, avançant qu'il faut veiller à ce que l'OFJ conserve, dans l'exercice de sa tâche de contrôle préventif, suffisamment d'autonomie non seulement à l'égard des autorités supérieures mais aussi des offices chargés de projets législatifs. Le détachement de collaborateurs de l'OFJ dans ces offices, en période de crise, réduirait dans les faits notablement cette autonomie. Il a souligné combien il est important que les offices chargés de projets législatifs puissent eux-mêmes disposer des ressources en juristes expérimentés nécessaires en temps de crise, afin que les questions juridiques soient prises en compte dès la conception des mesures³⁴⁴.

Toujours dans son avis, le Conseil fédéral dit son appréciation de l'importance accordée par la CdG-N au contrôle préventif fait par l'OFJ des actes normatifs en temps de crise. Il partage l'évaluation de la commission selon laquelle ce contrôle préventif est essentiel et doit pouvoir être assumé de manière efficace par l'OFJ aussi en temps de crise³⁴⁵. La CdG-N a prié le Conseil fédéral d'examiner comment la fonction de contrôle juridique opérée par cet office fédéral – en particulier concernant le respect du principe de proportionnalité – pourrait être renforcée en période de crise³⁴⁶; un rapport à ce sujet est en cours d'élaboration à l'OFJ.

10.2 Contrôle politique

L'absence de contrôle abstrait des normes applicable aux lois fédérales et aux ordonnances du gouvernement, donc aussi aux ordonnances de nécessité du Conseil fédéral fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., accroît l'importance des instruments de contrôle politiques.

341 FF 2023 1956

342 FF 2023 1956 p. 25 ch. 6.1

343 FF 2023 2247

344 FF 2023 2247 p. 4 ch. 2

345 FF 2023 2247 p. 3 ch. 2

346 FF 2023 1956 p. 25 ch. 6.1

10.2.1 Modification de la LParl suite aux initiatives parlementaires 20.437 et 20.438

Les possibilités données à l'Assemblée fédérale de cadrer l'activité législative du Conseil fédéral dans les situations de crise ont été considérablement développées à la faveur des travaux de mise en œuvre des initiatives parlementaires de la CIP-N 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ». Les nouvelles dispositions de la LParl, entrées en vigueur le 4 décembre 2023, prévoient ceci:

- Les motions de commission chargeant le Conseil fédéral d'édicter ou de modifier une ordonnance en se fondant sur l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst. sont mises à l'ordre du jour de la prochaine session ordinaire ou extraordinaire ou de la session en cours. Le Conseil fédéral présente sa proposition par écrit ou – si le temps presse – oralement (art. 121, al. 1^{er}, LParl). Il en va de même pour les ordonnances du Conseil fédéral qui se fondent sur les dispositions de lois spéciales applicables prévoyant une compétence relative à la gestion d'une crise. Ces dispositions, énumérées à l'annexe 2 de la LParl, sont les suivantes:
 - art. 55 LAsi,
 - art. 62 LP,
 - art. 31 à 34 LAP,
 - art. 6 et 7 LTaD,
 - art. 48 LTC,
 - art. 6 et 7 LEp.
- Le Conseil fédéral est tenu de manière générale, et donc aussi en temps de crise, de rendre compte sans délai à la commission compétente si une motion de commission le chargeant de modifier une ordonnance du Conseil fédéral en vigueur depuis un an au plus ou de modifier un projet d'ordonnance du Conseil fédéral est pendante depuis plus de six mois (art. 122, al. 1^{bis}, let. a, LParl).
- La même obligation s'applique si une motion de commission le chargeant d'édicter ou de modifier une ordonnance en se fondant sur l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst. ou sur une compétence conférée par une base légale relative à la gestion d'une crise selon l'annexe 2 de la LParl est encore pendante après échéance du délai imparti dans le texte de la motion pour faire rapport (art. 122, al. 1^{bis}, let. b, LParl).
- Une modification est de nature à renforcer nettement l'inclusion du Parlement: il s'agit de l'obligation faite au Conseil fédéral de consulter les commissions compétentes sur les projets d'ordonnance et de modification d'ordonnance qu'il édicte en se fondant sur l'art. 185, al. 3, Cst. ou sur une compétence conférée par une base légale relative à la gestion d'une crise selon l'annexe 2 de la LParl. Si le projet contient des informations classées confidentielles ou secrètes, il doit informer la DéLFin et la DéLCgG au lieu de consulter les commissions compétentes (art. 151, al. 2^{bis}, LParl). Il s'agit d'une inversion du

système appliqué jusqu'alors: au lieu qu'une commission parlementaire soit habilitée à demander à être consultée sur une ordonnance, c'est le Conseil fédéral qui devra la lui soumettre automatiquement en temps de crise³⁴⁷. Cette nouvelle disposition correspond au droit de consultation prévu à l'art. 1, al. 4, de la loi COVID-19 du 25 septembre 2020: si le Conseil fédéral souhaite édicter une ordonnance visant à gérer une crise, il est tenu d'en soumettre le projet aux commissions compétentes, pour consultation. Ces dernières peuvent ensuite décider si elles souhaitent prendre position³⁴⁸. Il se peut qu'elles doivent s'accommoder de délais très courts. Lorsque le Conseil fédéral doit légiférer d'urgence, ce délai peut être de quelques heures seulement. Ce droit de consultation ne restreint nullement la capacité d'action du Conseil fédéral, qui n'est pas tenu de suivre l'avis des commissions. Il porte seul la responsabilité de l'ordonnance de nécessité.

10.2.2 Initiative parlementaire Caroni 23.439 « Prévoir l'obligation pour le Conseil fédéral de motiver tout recours au droit de nécessité »

Le 15 juin 2023, Andrea Caroni, député au Conseil des États, a déposé l'initiative parlementaire 22.439 « Prévoir l'obligation pour le Conseil fédéral de motiver tout recours au droit de nécessité », qui vise à contraindre le Conseil fédéral, via une disposition légale, à indiquer concrètement, lorsqu'il choisit de recourir au droit de nécessité, les raisons pour lesquelles ce choix est juridiquement légitime. L'initiative a été transmise à la commission chargée de l'examen préalable.

M. Caroni expose dans le développement de l'initiative que le Conseil fédéral continue de pouvoir décider lui-même si les conditions du recours au droit de nécessité sont remplies. Il estime que le Parlement et l'opinion publique doivent au minimum demander au gouvernement qu'il motive juridiquement le recours au droit de nécessité lorsqu'il fait usage de sa compétence en la matière. Il argue encore qu'alors que le Conseil fédéral est tenu de motiver les projets d'actes dans le cadre des messages (art. 141, al. 2, let. a, LParl), cette obligation fait défaut dans le cas des ordonnances de nécessité qui, pourtant, se substituent à la loi et sont donc susceptibles d'y déroger. Les explications qu'il fournit, et qui émanent, le plus souvent, du département compétent, se concentrent sur les mesures de crise et n'abordent guère la question de la légalité du droit de nécessité.

Selon le développement de l'initiative, l'obligation de motiver juridiquement les ordonnances de nécessité n'entraînerait pas pour le Conseil fédéral de charge de travail supplémentaire, puisqu'il mène de toute façon une réflexion à ce sujet. Elle se traduirait par un gain de transparence pour le Parlement et le public, et améliorerait la qualité et la légitimité des processus décisionnels. M. Caroni suggère de faire figurer cette disposition dans la LOGA, du moins pour les ordonnances fondées sur les art. 184 et

³⁴⁷ FF 2022 301 p. 50 ch. 3.2.5.1

³⁴⁸ FF 2022 301 p. 50 ch. 3.2.5.1

185 Cst. Il estime en outre envisageable de prévoir une obligation similaire pour les dispositions spéciales du niveau de la loi applicables en cas de crise.

Le Conseil fédéral émettra un avis si le Parlement donne suite à l'initiative parlementaire et élabore un projet d'acte. Il est cependant ouvert à l'idée de commenter plus en détail les conditions juridiques sur lesquelles reposent ses ordonnances de nécessité.

Une des propositions discutées va dans le sens de l'initiative parlementaire Caroni: il s'agit d'élaborer une liste de critères permettant de donner des explications juridiques concises en cas d'adoption d'ordonnances de nécessité (voir ch. 13). Cet outil permettrait de présenter au Parlement et au public, de manière transparente et uniforme, les résultats de l'examen mené afin de savoir si les conditions juridiques sont réunies pour édicter du droit de nécessité. Cette proposition a été évaluée positivement.

10.3 Processus d'apprentissage institutionnel

Il est indispensable d'analyser l'application du droit de nécessité, c'est-à-dire d'évaluer les conséquences des crises et des dispositions prises. Un processus d'apprentissage institutionnel doit être mis en place. Seule la question de l'automatisme de ce processus a donné lieu à controverse: la discussion a donc porté sur l'instauration d'une obligation de procéder à une auto-évaluation. L'opinion a été émise que l'auto-évaluation par l'office concerné était importante pour le processus d'apprentissage institutionnel, mais sans doute insuffisante, et qu'il faudrait la compléter par une évaluation externe indépendante (voir ch. 10.1 et 10.2 sur le contrôle juridique et politique). Les deux groupes ont souligné combien il serait important d'examiner l'efficacité des mesures de nécessité, par exemple sous la forme d'une analyse d'impact de la réglementation faite *a posteriori*, mais seulement après un certain temps, afin de considérer les mesures prises avec une distance critique. Dans tous les cas, ce contrôle subséquent ne saurait pleinement tenir compte des circonstances de la crise sans intégrer la perspective qui était celle du Conseil fédéral au moment d'analyser la façon dont la situation allait évoluer.

Le groupe d'experts a suggéré l'idée d'évaluations interdisciplinaires, citant la possibilité de faire des auditions d'experts et de représentants de groupes d'intérêts, afin d'associer la société civile au processus d'apprentissage. C'est selon lui la seule manière que la société dans son ensemble fasse le point après une crise. Il trouverait judicieux de créer une obligation légale de revenir sur tout recours au droit de nécessité.

Il importe, du point de vue du Conseil fédéral, de faire une analyse critique des mesures prises en cas de crise, afin d'être mieux préparé à la survenue de situations similaires et d'agir de manière plus ciblée. Concrètement, ce processus d'apprentissage devrait amener à ce que le Conseil fédéral ne doive pas recourir au droit de nécessité, en principe, lorsque les événements auxquels il doit faire face sont prévisibles.

11 Reprise du droit de nécessité dans le droit ordinaire

11.1 Art. 7c et 7d LOGA)

Les ordonnances de nécessité fondées sur les art. 184 et 185 Cst. doivent être limitées dans le temps, conformément aux al. 3 des articles en question. La Constitution ne précise pas de durée. Après l'intervention du Conseil fédéral dans l'affaire Swissair de 2001 et lors de la recapitalisation d'UBS en 2008, deux situations où la Confédération a pris de grands risques financiers, le Parlement a voulu renforcer la légitimité démocratique des mesures adoptées en situation de crise. L'initiative parlementaire 09.402 CIP-N « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires » visait notamment à régler la reprise des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral dans le droit ordinaire et à préciser la procédure liée à l'octroi de crédits urgents. Le rapport de la CIP-N du 5 juin 2010³⁴⁹ sur l'initiative parlementaire fait le point de la question.

Dans son rapport, la CIP-N souligne que la démocratie et l'État de droit exigent que les institutions soient rétablies dans leurs compétences ordinaires aussi vite que possible³⁵⁰. Le Parlement, en tant que pouvoir législatif, doit pouvoir reprendre le contrôle des affaires. Il est important à cet égard que la durée de validité des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral soit relativement courte.

L'art. 7c LOGA limite la durée de validité des ordonnances de nécessité prises sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst. pour sauvegarder les intérêts du pays³⁵¹, avant tout en matière de sécurité et de politique extérieure. La durée de validité de ces ordonnances ne peut dépasser quatre ans (art. 7c, al. 2, LOGA). Le Conseil fédéral peut la prolonger une seule fois. L'ordonnance devient caduque six mois après l'entrée en vigueur de sa prorogation si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale de son contenu (art. 7c, al. 3, LOGA). Elle devient également caduque si le projet du Conseil fédéral est rejeté par l'Assemblée fédérale ou si la base légale adoptée par le Parlement entre en vigueur (art. 7c, al. 4, let. a et b, LOGA).

L'art. 7d LOGA prévoit une règle plus stricte pour les ordonnances de nécessité édictées en vertu de l'art. 185, al. 3, Cst. en vue de préserver la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure; ces ordonnances sont souvent plus complexes et plus délicates au regard de la démocratie et de l'État de droit que celles prises sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst.³⁵². Le Conseil fédéral doit soumettre à l'Assemblée fédérale dans les six mois après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de nécessité soit un projet de base légale, soit un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. (art. 7d, al. 2, let. a, ch. 2, LOGA) faute de quoi l'ordonnance devient caduque. Par analogie à l'art. 7c LOGA, c'est également le cas lorsque le projet est rejeté par l'Assemblée fédérale ou que la base légale prévue ou l'ordonnance de l'Assemblée fédérale entre en vigueur (art. 7d, al. 2, let. c et d, LOGA).

³⁴⁹ FF 2010 1431

³⁵⁰ FF 2010 1431 p. 1432

³⁵¹ KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 43 ad art. 185 Cst.

³⁵² KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 44 ad art. 185 Cst.

Si le Conseil fédéral fonde son ordonnance de nécessité à la fois sur les art. 184 et 185 Cst., ce sont les délais plus courts de l'art. 7d LOGA qui s'appliquent³⁵³.

Le bref délai dont dispose le Conseil fédéral pour préparer la reprise des ordonnances de nécessité fondées sur l'art. 185, al. 3, Cst. en droit ordinaire a un effet préventif. Le Conseil fédéral doit, dès l'élaboration de son ordonnance, se soucier du facteur temps et de l'appui politique dont bénéficient les mesures qu'il prend³⁵⁴. La légitimité démocratique de ces ordonnances s'en trouve renforcée. Le risque que le projet de loi soit d'une qualité légèrement inférieure en raison du peu de temps disponible est un inconvénient secondaire par rapport à l'avantage de l'implication rapide du Parlement³⁵⁵.

Le délai fixé à l'art. 7d, al. 2, let. a, LOGA ne vaut que pour les ordonnances de nécessité fondées directement sur l'art. 185, al. 3, Cst. Les ordonnances de lutte contre l'épidémie de COVID-19 que le Conseil fédéral a édictées en vertu de l'art. 7 LEp ne sont pas soumises à un tel délai étant donné que la LEp n'en prévoit pas, mais la raison et la cohérence de la législation plaideraient pour l'application d'un délai analogue³⁵⁶.

Dès le 8 avril 2020, le Conseil fédéral a décidé de soumettre à l'Assemblée fédérale un projet de loi reprenant le contenu des ordonnances de nécessité qu'il avait édictées au printemps 2020 pour lutter contre l'épidémie de COVID-19. Par son message du 12 août 2020³⁵⁷, il a soumis le projet de loi COVID-19 au Parlement en lui proposant d'en délibérer en urgence et de déclarer la loi urgente en application de l'art. 165 Cst.³⁵⁸. Le projet de loi contenait principalement des normes de délégation permettant d'ordonner des mesures déjà prévues dans les ordonnances de nécessité³⁵⁹. Le processus législatif s'en est trouvé accéléré. On pourrait éventuellement critiquer le fait que l'Assemblée fédérale n'ait ainsi pas eu le temps de délibérer de façon approfondie sur le contenu des mesures, mais comme le Parlement connaissait les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral, il aurait pu, s'il l'avait souhaité, légiférer autrement.

11.2 Reprise dans une ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.)

Le Conseil fédéral peut, conformément à l'art. 7d, al. 2, let. a, ch. 2, LOGA, proposer un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.) pour remplacer une ordonnance de nécessité fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst.

Il a fait usage de cette possibilité pour remplacer l'ordonnance du 7 novembre 2001 instituant des mesures à l'encontre du groupe « Al-Qaïda » et d'organisations apparentées³⁶⁰, fondée sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., qui a été prorogée en 2003, 2005 et 2008 et qui arrivait à échéance le 31 décembre 2011. Dans son message du

353 KÜNZLI, Basler Kommentar, n° 45 ad art. 185 Cst.

354 FF 2010 1431 p. 1450 s.

355 FF 2010 1431 p. 1451

356 GONIN, CR Cst., n° 178 ad art. 185 Cst.

357 FF 2020 6563

358 FF 2020 6363 p. 6418 s. ch. 5.3

359 FF 2020 6357

360 RO 2001 3040 (n'est plus en vigueur)

18 mai 2011 relatif à l'ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées³⁶¹, il a invoqué notamment les arguments suivants pour justifier cette démarche: elle permettait de prolonger sans interruption l'interdiction du groupe Al-Qaïda pendant trois ans (interdiction dont le principe n'était pas contesté), elle donnait au Parlement l'occasion de se prononcer sur le contenu de l'ordonnance et sur la suite des opérations, et elle permettait d'éviter que l'interdiction figure à un niveau législatif inapproprié, d'autant plus que des travaux législatifs visant à créer de nouvelles dispositions légales étaient en cours dans le domaine de la sécurité intérieure et du renseignement³⁶².

L'art. 7d, al. 2, let. a, ch. 2, LOGA n'a pas fait l'unanimité lors de son adoption. Lors des délibérations sur la mise en œuvre de l'initiative parlementaire 09.402 CIP-N « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires », une majorité de la commission a fait valoir que les dispositions importantes qui fixent des règles de droit devaient être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164 Cst.). D'autre part, même si un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale restaure le principe de la séparation des pouvoirs auquel déroge l'adoption d'une ordonnance de nécessité par l'exécutif, la légitimité démocratique est insuffisante vu qu'aucun référendum ne peut être demandé dans ce cas; qui plus est, le traitement d'une ordonnance de l'Assemblée fédérale n'exige pas moins de temps que celui d'une loi fédérale urgente³⁶³.

Une minorité de la CIP-N a relevé que le champ d'application de règles édictées par une ordonnance de l'Assemblée fédérale portait sur une situation de crise qui, selon toute probabilité, sera temporaire et que la base légale sera probablement devenue inutile à brève échéance³⁶⁴. Le Parlement s'est finalement rallié à l'avis de la minorité.

La Constitution ne limite pas la validité des ordonnances édictées par l'Assemblée fédérale en vertu de l'art. 173, al. 1, let. c, Cst., mais l'art. 7d, al. 3, LOGA le fait: ces ordonnances deviennent caduques au plus tard trois ans après leur entrée en vigueur. Cette règle permet d'éviter l'adoption de dispositions durables échappant au référendum³⁶⁵.

12 Instruments de gestion de crise de l'Assemblée fédérale

12.1 Loi fédérale urgente (art. 165 Cst.)

Il est possible de recourir à la législation d'urgence plutôt qu'à des décisions et ordonnances de nécessité du Conseil fédéral fondées sur l'art. 184 ou 185 Cst. L'art. 165, al. 1, Cst. prévoit qu'une loi fédérale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peut être déclarée urgente. La clause d'urgence fait l'objet d'un vote séparé. La décision est prise à la majorité qualifiée, soit à la majorité des membres de chacun des

361 FF 2011 4175

362 FF 2011 4175 p. 4179 s.

363 FF 2010 1431 p. 1452 s.

364 FF 2010 1431 p. 1452

365 *Ibid.*

conseils. Une loi fédérale déclarée urgente entre en vigueur immédiatement, en règle générale un jour après son adoption³⁶⁶. Elle peut reposer ou non sur une base constitutionnelle (art. 165, al. 2 ou 3, Cst.). Elle doit être limitée dans le temps (art. 165, al. 1 et 3, Cst.).

La procédure d'urgence visée à l'art. 165 Cst. permet d'accélérer les choses. Tout d'abord, le temps réservé aux délibérations parlementaires est raccourci, car les deux conseils traitent alors les projets de loi urgente au cours de la même session, et non pendant deux sessions différentes comme c'est normalement le cas pour les projets non urgents (art. 85, al. 1, LParl)³⁶⁷. Ensuite, une fois la loi adoptée, il ne faut pas attendre que le délai référendaire de 100 jours soit passé ni que la votation populaire ait eu lieu si la demande de référendum a abouti; le cas échéant, la votation sur le référendum aura lieu après l'entrée en vigueur de la loi. Enfin, lorsque la loi déclarée urgente est dépourvue de base constitutionnelle, il n'y a pas de votation préalable sur une révision partielle de la Constitution³⁶⁸.

L'adoption d'une loi urgente présuppose qu'il y ait urgence et nécessité matérielle. Ce n'est que lorsque l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard qu'on peut déroger à la procédure législative ordinaire. Lorsqu'il a soumis au Parlement le projet de loi fédérale reprenant le contenu des ordonnances de nécessité édictées pour lutter contre l'épidémie de COVID-19, le Conseil fédéral a proposé dans son message du 12 août 2020 sur la loi COVID-19³⁶⁹ de déclarer la loi urgente afin que le débat sur les mesures nécessaires pour surmonter l'épidémie de COVID-19 ait lieu rapidement et que ces mesures reçoivent une légitimation du pouvoir législatif³⁷⁰. Il a soumis un deuxième projet de loi urgent à l'Assemblée fédérale par son message du 3 juin 2022 relatif à la modification de la loi COVID-19 (prorogation et modification de certaines dispositions)³⁷¹. Il a considéré qu'il était indispensable de prolonger sans interruption notamment les dispositions sur l'approvisionnement en biens médicaux importants, la réglementation de la prise en charge des tests COVID-19 et les dispositions sur les certificats de vaccination, de test et de guérison pour garantir la liberté de circulation de la population³⁷².

Dans son message du 18 mai 2022 concernant la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique et l'arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement à cet effet³⁷³, le Conseil fédéral a également proposé une loi fédérale urgente. Le Parlement a toutefois rejeté cette proposition (cf. ch. 5.3).

³⁶⁶ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, n° 2 ad art. 165 Cst. ; GIOVANNI BIAGGINI, Orell-Füssli-Kommentar (OFK), BV-Kommentar, 2^e éd. 2017 (ci-après: OFK-BIAGGINI), n° 5 ad art. 165 Cst.

³⁶⁷ THELER in: MARTIN GRAF/CORNELIA THELER/MORITZ VON WYSS (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014, n° 3 ad art. 85 LParl.

³⁶⁸ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, n° 3 ad art. 165 Cst.

³⁶⁹ FF 2020 6363

³⁷⁰ FF 2020 6363 p. 6418 s. (ch. 5.3)

³⁷¹ FF 2022 1549

³⁷² FF 2022 1549 ch. 6.1.

³⁷³ FF 2022 1183

Lorsque le référendum est demandé contre une loi fédérale déclarée urgente, cette dernière cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée par le peuple dans ce délai (art. 165, al. 2, Cst.). Lorsqu'une loi fédérale déclarée urgente est dépourvue de base constitutionnelle, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée dans ce délai par le peuple et les cantons (art. 165, al. 3, Cst.).

L'art. 165, al. 4, Cst. précise qu'une loi fédérale déclarée urgente qui a été rejetée en votation ne peut pas être renouvelée. Lors du remplacement des ordonnances COVID par une loi urgente, des questions pratiques se sont posées. Que se passe-t-il du point de vue juridique lorsqu'un référendum a été demandé contre une loi fédérale déclarée urgente et que le Parlement a entre-temps déjà adopté des modifications qui concernent la loi en question ? Lors de la votation référendaire du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19, le Conseil fédéral a considéré que les modifications postérieures à la votation, également déclarées urgentes, ne faisaient pas formellement partie de l'objet soumis à la votation, mais qu'elles cesseraient de produire effet en même temps que l'acte de base vu qu'elles en dépendaient sur le plan juridique et pratique et ne pouvaient pas continuer à s'appliquer sans lui. C'est ce qu'il a souligné dans ses réponses à la question 21.7291 Flach « Référendum contre la loi COVID-19 » et à l'interpellation 21.3588 Addor « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi COVID-19 ? »³⁷⁴.

Le Conseil fédéral montre dans son rapport du 15 mars 2024 « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution »³⁷⁵ les avantages et inconvénients de différentes approches ou solutions visant à réduire l'insécurité juridique qui subsiste en lien avec les modifications décidées par le Parlement avant une votation référendaire.

12.2 **Ordonnances de nécessité de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.)**

Lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent, l'Assemblée fédérale peut édicter des ordonnances ou des arrêtés fédéraux simples en se fondant directement sur la Constitution (art. 173, al. 1, let. c, Cst.) pour remplir les tâches mentionnées à l'art. 173, al. 1, let. a, (préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse) ou 173, al. 1, let. b, Cst. (préserver la sécurité intérieure). Il s'agit là d'un droit parlementaire d'édicter des ordonnances et des décisions de nécessité. Les ordonnances de l'Assemblée fédérale fondées sur l'art. 173, al. 1, let. c, – comme celles prises par le Conseil fédéral en vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. – ne sont pas

³⁷⁴ PATRICK MÄGLI, Referenden bei dringlich erklärten Bundesgesetzen, in: LeGes 33 (2022) 3, et, plus spécifiquement sur l'interdiction de renouvellement de l'art. 165, al. 4, Cst., MIRIAM SAHLFELD, Wie streng ist das Erneuerungsverbot in Artikel 165 Absatz 4 BV auszulegen? in: LeGes 33 (2022) 3

³⁷⁵ Rapport du Conseil fédéral du 15 mars 2024 « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution » donnant suite au postulat de la CIP-N 22.3010 du 27 janvier 2022, disponible à l'adresse www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > 22.3010 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire

sujettes au référendum. Elles ne doivent pas être confondues avec la législation d'urgence (art. 165 Cst.), qui prend la forme d'une loi fédérale sujette au référendum une fois qu'elle est entrée en vigueur³⁷⁶.

Sur le plan matériel, la Constitution exige des circonstances extraordinaires pour l'adoption d'ordonnances de l'Assemblée fédérale. Les éléments suivants doivent être réunis³⁷⁷:

- L'urgence, qui est donnée si la procédure législative ordinaire ou la procédure urgente au sens de l'art. 165 Cst. sont trop lentes, étant entendu que la compétence de l'Assemblée fédérale d'édicter des ordonnances est subsidiaire à ces deux procédures législatives³⁷⁸;
- La nécessité matérielle, le danger devant être concret et imminent, voire déjà réalisé³⁷⁹;
- Une atteinte ou une menace grave touchant un des biens protégés mentionnés à l'art. 173, al. 1, let. a et b, à savoir la sécurité intérieure ou extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse. Cette liste montre qu'il ne s'agit pas de biens de police classiques. L'indépendance touche l'existence de la Suisse en tant qu'État. Le principe de neutralité, dont l'objectif de ne pas être impliqué dans les conflits armés opposant d'autres États, est également une notion qui dépasse celle de bien de police. Quant à la notion de sécurité intérieure, elle comporte un élément de politique nationale et revêt une dimension prospective universelle, ce qui lui confère aussi un sens plus étendu³⁸⁰.

La Constitution ne limite pas la durée de validité des ordonnances de l'Assemblée fédérale, qui se distinguent sur ce point des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral. L'art. 7d, al. 3, LOGA précise que les ordonnances de l'Assemblée fédérale qui remplacent des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral deviennent caduques au plus tard trois ans après leur entrée en vigueur. Ces ordonnances sont par définition limitées dans le temps, vu qu'elles sont liées à l'urgence de la situation: une fois qu'il n'y a plus d'urgence, il n'y a plus de motif de légiférer³⁸¹. Comme les ordonnances de l'Assemblée fédérale ne sont pas sujettes au référendum, il serait logique de limiter leur durée de validité dès le départ. La CIP-N va dans ce sens dans son rapport du 5 février 2010 sur l'initiative parlementaire 09.402 « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires »³⁸².

La compétence du Parlement d'édicter des ordonnances de nécessité en vertu de l'art. 173, al. 1, let. c, est un instrument applicable en situation de crise. L'ordonnance de l'Assemblée fédérale prime l'ordonnance de nécessité du Conseil fédéral qui porte sur le même objet. La légitimité démocratique des ordonnances de l'Assemblée fédé-

³⁷⁶ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 51 ad art. 173 Cst.

³⁷⁷ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 52 à 57 ad art. 173 Cst. ; OFK-BIAGGINI, BV-Kommentar, n° 13 ad art. 173 Cst. ; GONIN, CR Cst., n° 47, 50 et 51 ad art. 173 Cst.

³⁷⁸ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 64 à 66 ad art. 173 Cst.

³⁷⁹ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 62 et 63 ad art. 173 Cst. ; OFK-BIAGGINI, BV-Kommentar, n° 13 ad art. 173 Cst.

³⁸⁰ SAXER/BRUNNER, St. Galler Kommentar, n° 69 ad art. 173 Cst., avec des renvois à la doctrine dominante concernant l'art. 185, al. 3, Cst.

³⁸¹ OFK-BIAGGINI, BV-Kommentar, n° 14 ad art. 173 Cst.

³⁸² FF 2010 1431 p. 1452 s.

rale est renforcée par le fait qu'elles sont édictées par les membres du législatif, élus par le peuple. La procédure d'adoption est toutefois nettement plus lourde, et notamment plus longue, que celle des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral. Édicter une ordonnance sur la base de l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. n'est guère plus rapide qu'adopter une loi urgente conformément à l'art. 165 Cst.³⁸³. À cela s'ajoute la question des ressources: le Parlement doit pouvoir compter sur une collaboration intense avec l'administration fédérale. Conformément à l'art. 112, al. 1, LParl, les commissions parlementaires peuvent faire appel au département compétent afin de recevoir les renseignements juridiques ou matériels dont elles ont besoin. En situation de crise, l'administration fédérale est toutefois déjà fortement sollicitée.

13 Conclusions

Le Conseil fédéral estime que les art. 184 et 185 Cst. sont une base légale suffisante. Ils ne limitent pas son action à la protection d'intérêts de sécurité, mais l'habilitent au contraire à agir lorsque des biens juridiques individuels ou collectifs pour lesquels il a une obligation de protection sont directement menacés. Le Conseil fédéral a une obligation de protection notamment lorsqu'un bien juridique a une importance systémique. Il juge que sa marge de manœuvre est suffisante pour réagir avec efficacité en cas de crise. Compte tenu de la concentration de pouvoir dont il bénéficie temporairement lors de crises et des risques que cela comporte pour la démocratie, le fédéralisme et la protection des droits de l'homme, le Conseil fédéral adopte les mesures suivantes.

1. Augmenter la transparence

En raison du transfert du pouvoir institutionnel et des possibilités d'action élargies dont bénéficie le Conseil fédéral en temps de crise, il a un devoir accru d'expliquer et de justifier les mesures qu'il adopte. À moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose (art. 180, al. 2, Cst. et 10 LOGA), l'Assemblée fédérale, les cantons et la population doivent être informés suffisamment tôt et de façon complète de la manière dont le Conseil fédéral évalue la situation, des plans qu'il établit, des mesures qu'il envisage de prendre et des décisions qu'il arrête. Ce devoir d'information proactif est déterminant pour l'acceptation et la mise en œuvre des mesures de nécessité. Le droit de consulter des documents officiels de l'administration fédérale conformément à l'art. 6 LTrans et les exceptions définies aux art. 7 à 9 LTrans s'appliquent, sauf réserve expresse prévue par le droit de nécessité. Comme il s'agit là d'un instrument de contrôle de l'administration par les citoyens que le législateur a instauré, et qui est d'autant plus important en temps de crise, son application ne peut être exclue par le droit de nécessité que dans des cas exceptionnels. Le droit de consulter des documents selon la LTrans permet au requérant de demander les informations dont il a besoin – ce qui est une différence fondamentale par rapport à l'information active par les autorités, qui décident elles-mêmes du contenu et du volume des données rendues publiques.

³⁸³ Du même avis: la CIP-N dans son rapport du 5 février 2010, FF 2010 1431 p. 1452, et SAXER/BRUNNER, St.-Galler Kommentar, n° 43 ad art. 173 Cst.

Il n'est actuellement pas possible d'obtenir une vue d'ensemble systématique des ordonnances de nécessité. C'est pourquoi une banque de données du droit de nécessité répertoriant toutes ces ordonnances sera mise en place. La solution privilégiée serait de développer les systèmes existants, par exemple en introduisant une fonction de recherche supplémentaire dans le RO permettant de filtrer le droit de nécessité. Ce serait un instrument utile pour les milieux académiques, les médias et la société civile.

2. Renforcer la sécurité du droit

Le Conseil fédéral entend communiquer de façon transparente les critères qu'il applique lorsqu'il recourt au droit de nécessité fondé sur la Constitution et améliorer la qualité de l'exposé des motifs juridiques. Un schéma de contrôle sera élaboré. Il résumera les points auxquels les offices doivent penser en préparant des ordonnances de nécessité. Le contrôle juridique préventif effectué par l'OFJ sera renforcé (notamment en lien avec la protection des droits fondamentaux). Une liste de critères aidera à structurer, à uniformiser et à améliorer la motivation juridique en cas de recours au droit de nécessité. Par ce moyen, le Conseil fédéral mettra en œuvre l'obligation qui lui est faite d'indiquer les raisons pour lesquelles il choisit de recourir au droit de nécessité (voir l'initiative parlementaire 23.439 « Prévoir l'obligation pour le Conseil fédéral de motiver tout recours au droit de nécessité »). Le schéma de contrôle et la liste de critères seront intégrés au Guide de législation de l'OFJ.

Il s'agira en outre d'examiner s'il convient d'apporter des précisions d'ordre linguistique aux art. 28 et 34 LFC, sur lesquels se fonde le Conseil fédéral pour allouer des crédits avec l'assentiment de la DélFin, afin de clarifier les effets qu'a un refus ultérieur de l'Assemblée fédérale et de déterminer dans quels cas les effets externes sont contraignants.

3. Développer la résilience

Les crises passées doivent permettre de mieux résister aux crises futures. Le Conseil fédéral estime qu'il est important de mettre en place un processus d'apprentissage institutionnel. Comme le recours au droit de nécessité fait partie intégrante de la gestion de crises, il convient de définir dans les systèmes de gestion des risques et de gestion de la continuité des activités des compétences et des processus clairs. Pour renforcer la résilience dans le domaine législatif, des lignes directrices sur l'élaboration de dispositions relatives à la gestion de crises dans les lois spéciales seront préparées à l'intention des offices de l'administration fédérale et seront intégrées dans le Guide de législation de l'OFJ. Toutes ces mesures visent à rendre la législation plus résistante face aux crises.

Annexe I: Questions centrales sur la théorie du droit de nécessité

Base pour la réunion du groupe d'experts du 12 juin 2023

- A) Questions générales sur le débat actuel relatif au droit de nécessité
1. Quels sont les aspects et les préoccupations qui vous semblent importants dans le débat actuel relatif au droit de nécessité ? À quels aspects n'a-t-on pas accordé suffisamment d'attention ? Qu'est-ce qui vous a surpris ou étonné ?
 2. Comment jugez-vous la conformité à la Constitution de l'action du Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité dans l'affaire Credit Suisse, à la lumière des expériences passées en matière de droit de nécessité dans les cas de Swissair, d'UBS, du COVID-19 et du sauvetage d'Axpo ?
- B) Questions spécifiques à la dogmatique du droit de nécessité
1. État de nécessité (conditions d'application):
 - a. Pour quels biens juridiques ou intérêts du pays le Conseil fédéral peut-il ou doit-il faire usage de sa compétence d'édicter du droit de nécessité ?
 - i. Protection des biens de police uniquement (qu'est-ce qui est couvert ?)
 - ii. Protection d'autres biens juridiques également (individuels comme collectifs ?)
 - iii. Chaque fois que l'inaction du Conseil fédéral semblerait irresponsable, même sans qu'un bien juridique (de police) soit nécessairement concerné.
 - b. À votre avis, quand le Conseil fédéral doit-il s'appuyer sur l'art. 184, al. 3, Cst. et quand doit-il s'appuyer sur l'art. 185, al. 3, Cst. ?
 - c. Quel regard portez-vous sur le rapport entre la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances de nécessité (art. 185, al. 3, Cst.) et la clause générale de police (art. 36, al. 1, Cst.) ?
 - d. Comment la question de l'urgence (« imminente ») peut-elle être concrétisée de manière abstraite et au cas par cas ?
 2. Dispositions de nécessité arrêtées par le Conseil fédéral (conditions de licéité)
 - a. Selon vous, le Conseil fédéral peut-il, en vertu de sa compétence constitutionnelle d'édicter des ordonnances de nécessité, ...
 - i. agir *praeter legem* ?
 - ii. agir *contra legem* ?
 - iii. agir *contra constitutionem* ? (violation de compétences, violation de droits fondamentaux)
 - b. À votre avis, à quoi le Conseil fédéral doit-il toujours se tenir impérativement dans l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité ? (p. ex. au *jus cogens*, au principe de proportionnalité, à l'interdiction de la discrimination, aux garanties indérogeables et à l'essence des droits fondamentaux)

- c. Quelles sont les situations qui, selon vous, ne sont pas couvertes par le droit de nécessité intraconstitutionnel et ne peuvent être gérées qu'en recourant au droit de nécessité extraconstitutionnel ? Dans quelles conditions et dans quelles limites ?
- C) Obligation de protection
1. À quelles conditions le Conseil fédéral doit-il, selon vous, agir dans des situations de crise en se fondant sur son obligation de protection ?
 2. Quel regard portez-vous sur le rapport entre les compétences du Conseil fédéral en matière de droit de nécessité et son obligation de protection ?
- D) Non-approbation ultérieure par le Parlement
1. Quels seraient, selon vous, les effets d'un éventuel rejet par le Parlement de la loi reprenant l'ordonnance de nécessité selon l'art. 7d LOGA ?
 2. Quel est votre avis sur les effets juridiques de la non-approbation ultérieure par le Parlement de crédits urgents selon les art. 28 et 34 LFC ?
- E) Bases juridiques du droit. Dispositions de nécessité dans la Constitution et dans les lois spéciales
1. Quel est le rapport entre les dispositions fondant le droit de nécessité dans la Constitution fédérale (art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.) et dans les lois spéciales (p. ex. art. 7 LEp, art. 28 et 34 LFC, LF sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires) ? Les lois spéciales ont-elles une valeur déclaratoire ou constitutive ?
 2. Les ordonnances de nécessité fondées sur la Constitution peuvent-elles, selon vous, déroger aux dispositions relatives à la gestion de crises prévues par les lois spéciales ?
- F) Besoin de clarification et d'adaptation de la réglementation
1. Où voyez-vous un besoin de clarification que le Conseil fédéral devrait traiter dans son rapport ?
 2. Où voyez-vous un besoin de procéder à des adaptations juridiques ?

Annexe II: Questions centrales sur la pratique du droit de nécessité

Base pour la réunion du groupe de travail du 29 juin 2023

- A) Questions générales sur la pratique du droit de nécessité
1. Quels sont, selon vous, du point de vue de l'administration fédérale, les principaux défis concernant le droit de nécessité auxquels vous avez été confronté dans votre fonction ?
 2. Comment votre office aborde-t-il ces défis en rapport avec le droit de nécessité ? Quelles stratégies ont été élaborées, notamment en ce qui concerne l'organisation et les processus internes ?
 3. Quels enseignements pouvez-vous tirer des expériences faites par votre office en matière de droit de nécessité dans les cas de Swissair, d'UBS, du COVID-19, du sauvetage d'Axpo, de Credit Suisse et d'autres exemples ?
- B) Questions spécifiques sur les études de cas du droit de nécessité
1. Quand et dans quelles circonstances votre office a-t-il fait usage du droit de nécessité ? (Situation initiale)
 2. Sur quoi le Conseil fédéral s'est-il appuyé, dans votre cas, pour édicter le droit de nécessité ? Sur la Constitution et/ou sur une loi spéciale ? (Base juridique)
 3. Quelles mesures le Conseil fédéral a-t-il prises dans votre cas en se fondant sur le droit de nécessité (contenu) et quelle forme d'action a-t-il choisie (forme) ? (Mesures de droit de nécessité)
 4. Comment le Conseil fédéral a-t-il justifié l'application du droit de nécessité ou l'existence d'une situation d'urgence dans votre cas ? (Motivation)
 5. Quelles alternatives au droit de nécessité, telles que la législation d'urgence ou les ordonnances de nécessité du Parlement, votre office a-t-il examinées et pour quelles raisons les a-t-il rejetées ? (Autres solutions envisagées)
 - 6) Dans votre cas, le droit de nécessité a-t-il été repris dans le droit ordinaire ? (Reprise en droit ordinaire)
 7. Quelles ont, dans votre cas, été les réactions des acteurs concernés et du grand public au recours au droit de nécessité ? (Réactions)
 8. Quel processus d'apprentissage a été mis en œuvre dans votre office à la suite du recours au droit de nécessité ? (Évaluation)
- C) Besoin de clarification et d'adaptation de la réglementation
1. Où voyez-vous un besoin de clarification en ce qui concerne les bases juridiques du droit de nécessité dans la Constitution et/ou dans les lois spéciales ?
 2. Où voyez-vous un besoin d'adapter les bases juridiques du droit de nécessité dans la Constitution et/ou dans les lois spéciales ?

Annexe III: Document de travail

Base pour les réunions des groupes d'experts et de travail des 13 et 26 septembre 2023

Sur la base des principales conclusions de la première réunion du groupe d'experts et du groupe de travail, nous souhaitons discuter avec vous de manière approfondie des aspects suivants du droit de nécessité lors de la deuxième réunion.

1. **Droit de nécessité fondé sur la Constitution:** la teneur des dispositions constitutionnelles fondant le droit de nécessité qui figurent aux art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. est majoritairement considérée comme inadaptée à notre époque, eu égard à:
 - a. la distinction entre les crises nationales et les crises internationales,
 - b. la distinction entre les ordonnances de nécessité et les décisions de nécessité,
 - c. la distinction entre la protection des biens de la police et celle d'autres biens juridiques ou intérêts sociétaux vitaux.

Un argument *en faveur* d'une adaptation des dispositions constitutionnelles est qu'une révision permettrait d'aligner la teneur sur la pratique reconnue. Une formulation plus précise et plus détaillée des conditions du recours au droit de nécessité pourrait avoir une influence modératrice.

Le fait qu'aucune nouvelle formulation, plus adaptée à notre temps, ne semble s'imposer, que de nouvelles formulations seraient donc très controversées et ne devraient pas apporter plus de clarté, plaide *en défaveur* de cette solution. La Constitution n'est pas le bon endroit pour inclure des explications détaillées sur les conditions de l'adoption du droit de nécessité. De plus, le principe est discutable: chaque situation est différente. Une réglementation générale et abstraite détaillée couvrant chaque cas de figure n'est guère envisageable. Elle viderait de sa substance la compétence du Conseil fédéral en matière de droit de nécessité.

Questions: estimez-vous que les points susmentionnés ont été suffisamment clarifiés par la doctrine et la jurisprudence ? Pensez-vous qu'une révision de la Constitution soit utile ?

2. **Limites constitutionnelles autonomes du droit de nécessité:** les limites du droit de nécessité pourraient être inscrites dans la Constitution. Entrent en ligne de compte à cet égard, par exemple, les règles impératives du droit international, le principe de proportionnalité, l'interdiction de la discrimination, les garanties indérogeables et l'essence des droits fondamentaux. Cela doit être considéré en regard du fait que la Constitution, contrairement à la CEDH (art. 15) et au Pacte II de l'ONU (art. 4), ne connaît pas de clause de dérogation fixant les garanties en matière de droits fondamentaux qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité.

Plaide *en faveur* de l'introduction de limites autonomes du droit de nécessité dans la Constitution le fait que les principes mentionnés sont indéniablement

des garanties indérogeables, dont l'importance fondamentale est absolument incontestée en Suisse, comme dans le contexte international.

On peut avancer *contre* l'inscription explicite des limites du droit de nécessité dans la Constitution qu'il serait beaucoup plus difficile de dire si *d'autres* principes font (ou doivent faire) partie du noyau auquel le droit de nécessité ne peut déroger et, dans l'affirmative, quels seraient ces principes. Des garanties qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, ont été développées dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, mais on pourrait également considérer comme indérogeables certains principes constitutionnels fondamentaux.

Questions: selon vous, quels sont les arguments en faveur et en défaveur de l'introduction de limites autonomes au droit de nécessité dans la Constitution ? Existe-t-il d'autres principes fondamentaux qui, selon vous, font partie du noyau auquel il n'est pas possible de déroger ?

3. **Législation résistante aux crises:** un *examen de l'applicabilité des projets législatifs en situation de crise* pourrait être introduit dans le processus législatif (à l'instar de l'examen de la compatibilité avec le droit européen) afin de garantir que la législation soit résistante aux crises. Dans ce cas, le Guide de législation devrait être adapté en conséquence. Le résultat de cet examen pourrait entraîner l'*introduction de dispositions relatives aux crises dans les différentes lois spéciales*. Dans ce contexte, il convient de clarifier la valeur ajoutée des dispositions de droit de nécessité dans les lois spéciales.

Le fait que, grâce à cet instrument, le droit ordinaire soit adapté aux situations de crise et qu'il ne faille pas nécessairement recourir à des instruments extraordinaires tels que le droit de nécessité fondé sur la Constitution dans les situations d'urgence plaide en *faveur* d'un examen de l'applicabilité des projets législatifs en situation de crise dans le cadre du processus législatif et de l'introduction de dispositions relatives aux crises dans les lois spéciales. La résilience de la législation s'en trouverait renforcée.

On pourrait avancer *à l'encontre* d'un examen de l'applicabilité des projets législatifs en situation de crise que celui-ci demande un certain effort et du temps et que les dispositions relatives aux crises dans les lois spéciales ne sont que peu appropriées pour faire face à des événements imprévisibles. En règle générale, la législation ordinaire devrait continuer à avoir un train de retard par rapport aux crises, car chaque crise diffère des autres.

Questions: quelles possibilités voyez-vous pour rendre la législation plus résistante aux crises ? Pensez-vous que l'introduction d'un examen de l'applicabilité des projets législatifs en situation de crise (mesure procédurale) et l'introduction de dispositions relatives aux crises dans les différentes lois spéciales (mesure matérielle) soient utiles ?

4. **Le droit de nécessité comme élément de la gestion de crise:** l'affaiblissement temporaire de l'État de droit qui accompagne le recours au droit de nécessité pourrait être considéré comme un aspect à prendre en compte dans la gestion des risques et de la continuité des activités des départements et de la Confédération. Le recours au droit de nécessité serait ainsi reconnu comme

un risque pour l'État de droit. En outre, les préparatifs nécessaires seraient également entrepris pour garantir, sur le plan organisationnel et procédural, l'adoption d'ordonnances de nécessité en cas de crise dans des conditions difficiles (p. ex. manque de personnel, défaillance de l'infrastructure et des ressources informatiques).

Un argument en *faveur de* l'intégration du droit de nécessité dans la gestion des risques et de la continuité des activités est qu'il ne faut pas sous-estimer les risques pour l'État de droit que comporte le recours au droit de nécessité. Outre les dommages matériels (p. ex. dommages pour les personnes et les choses), la gestion des risques et de la continuité des activités comprend traditionnellement aussi des dommages immatériels (p. ex. dommages à la réputation). Les risques pour l'État de droit ne sont en grande partie pas pris en compte, mais ils s'intégreraient bien dans les catégories existantes.

Le fait que des questions juridiques apparaissent dans le contexte de presque toutes les situations de nécessité et qu'elles devraient donc être traitées de manière accessoire aux mesures et non de manière autonome *s'oppose* à l'intégration du droit de nécessité dans ces instruments comme risque à part entière. Il faudrait toutefois procéder à une sensibilisation dans ce domaine.

Questions: à quoi devraient ressembler les mesures organisationnelles et procédurales concrètes pour intégrer le droit de nécessité dans la gestion des risques et de la continuité des activités ? Avez-vous d'autres idées pour intégrer le droit de nécessité dans la gestion générale des crises ?

5. **Surveillance et contrôle du droit de nécessité:** il convient d'examiner si et comment améliorer les mécanismes de surveillance et de contrôle sans diminuer la capacité d'action du Conseil fédéral. Il convient à cet égard de distinguer entre le *moment* (avant ou après l'adoption du droit de nécessité) et la *forme* (parlementaire, administrative ou judiciaire).

Plaide *en faveur* du renforcement de la surveillance et du contrôle du droit de nécessité le fait que son adoption entraîne un transfert temporaire de pouvoir du législatif vers l'exécutif et que les mesures d'accompagnement en matière de surveillance et de contrôle font aujourd'hui largement défaut. Des mesures de surveillance et de contrôle pourraient équilibrer et mieux légitimer la redistribution temporaire de pouvoir entre les organes de l'État.

En revanche, le fait que la capacité d'action du Conseil fédéral, décisive dans les situations de crise extrême, et l'efficacité de ses mesures soient réduites, plaide *contre* un contrôle renforcé. Concrètement, il est à craindre que l'implication *préalable* d'autres acteurs retarde l'adoption d'ordonnances de nécessité et réduise la force d'impact des mesures. Un contrôle *a posteriori*, revenant sur des décisions déjà prises, pourrait en revanche affaiblir la crédibilité du Conseil fédéral et la sécurité juridique. De plus, les mesures de nécessité évoluent rapidement, de sorte que les tribunaux examineraient éventuellement des mesures qui sont déjà dépassées et dans le cas desquelles il n'y a plus d'intérêt digne de protection.

Question: selon vous, quelles formes la surveillance et le contrôle parlementaires, administratifs ou judiciaires doivent-ils prendre et à quel moment ?

6. **Processus d'apprentissage institutionnel:** un processus d'apprentissage *systematique* pourrait être mis en place après chaque application du droit de nécessité. On peut songer par exemple à l'*obligation* pour l'office responsable de *présenter un rapport* au Parlement (avis de l'Office fédéral de la justice inclus) ainsi qu'à un échange au sein de la Commission des institutions politiques en présence de la commission spécialisée concernée.

Le fait que les ordonnances de nécessité s'écartent régulièrement du cadre juridique prévu (*contra legem*) plaide en *faveur* de l'introduction d'un processus d'apprentissage institutionnel après le recours au droit de nécessité. Du point de vue de l'État de droit, un processus d'apprentissage institutionnel semble donc indiqué afin de permettre de choisir, lors de crises futures, des mesures aussi efficaces que possible, qui s'écartent le moins possible du contenu et des procédures prévus par le droit ordinaire.

En revanche, le fait que les situations d'urgence et les mesures de nécessité qui en découlent puissent être très différentes les unes des autres *s'oppose* à un processus d'apprentissage *systematique* après *chaque* application du droit de nécessité. Un processus d'apprentissage *standardisé, se déroulant selon un schéma prédéfini*, pourrait sembler inapproprié.

Questions: à votre avis, à quoi pourrait ressembler un processus d'apprentissage institutionnel? Pensez-vous qu'une révision de la loi sur le Parlement soit une solution envisageable?

Annexe IV: Cartographie du droit de nécessité conformément à l’art. 185, al. 3, Cst.

État de nécessité				
Éléments	Questions à poser			
(i) Bien à protéger pertinent	Protection des biens de police ?	Autres biens juridiques ?	L’inaction du Conseil fédéral semble-t-elle irresponsable ?	
(ii) Nécessité matérielle	Immédiateté du danger (vue <i>ex ante</i>) ?	Probabilité de troubles menaçant l’ordre public ?	Gravité des troubles menaçant l’ordre public ?	
(iii) Urgence	Mesure de droit de nécessité déjà ou encore nécessaire ? (condition permanente)	Pas de base juridique <i>existante</i> ? Pas de temps pour créer une <i>nouvelle</i> base juridique ?	Le danger était-il prévisible pour le législateur ?	
(iv) Subsidiarité	Pas d’autres mesures possibles ?	Droit de nécessité dans une loi spéciale (norme de délégation) ?	Droit de nécessité fondé sur la Cst. (norme de délégation) ?	
Disposition de nécessité				
Éléments	Questions à poser			
(i) Forme	Ordonnance de nécessité (générale et abstraite) ?		Décision de nécessité (individuelle et concrète) ?	
(ii) Contenu	Mesures limitatives (p. ex. restrictions des droits fondamentaux) ?		Mesures de soutien (p. ex. octroi de crédits) ?	
(iii) Devoirs de protection	Devoirs de protection des droits de l’homme ? (p. ex. santé)		Autres devoirs de protection étatiques découlant de compétences fédérales ? (p. ex. approvisionnement du pays)	
(iv) Obligation de respecter le droit	<i>praeter legem</i> ? (comblement de lacunes de la loi)	<i>contra legem</i> ? (dérogeant à la loi)	<i>contra constitutionem</i> ? (dérogeant à la Constitution)	<i>contra jus gentium</i> ? (dérogeant au droit international)

(v) Limitation dans le temps	Disparition de la situation d'urgence <i>avant</i> l'expiration du délai ? Abrogation	Disparition de la situation d'urgence <i>au moment</i> de l'expiration du délai ? Fin du droit de nécessité	Pas de disparition de la situation d'urgence <i>après</i> l'expiration du délai ? Prolongation
(vi) Communication	Publique (p. ex. de manière proactive via les médias)	Limitée ou spécifique (p. ex. uniquement le Parlement)	Confidentielle (p. ex. exclusion de la LTrans)

Annexe V: Tableau comparatif des études de cas du droit de nécessité

Paramètres de comparaison	UBS (15.10.2008)	COVID-19 (10.3.2020)	Axpo (5.9.2022)	Credit Suisse (16.3.2023)
1. Situation de départ	Crise financière et bancaire internationale	Pandémie	Hausse des prix due à la guerre en Ukraine	Ruée sur les banques en raison de la perte de confiance dans Credit suisse
2. Base juridique	Art. 184, al. 3, et art. 185, al. 3, Cst.	Art. 7 LEp et art. 185, al. 3, Cst.	Art. 185, al. 3, Cst.	Art. 184, al. 3, et art. 185, al. 3, Cst.
3a. Mesures	Le Conseil fédéral, la BNS et la CFB décident d'un train de mesures visant à stabiliser le système financier suisse, en particulier l'UBS.	Mesures pour faire face à la pandémie de COVID-19 sur les plans sanitaire, économique et social	Le Conseil fédéral active le mécanisme de sauvetage d'Axpo et libère une enveloppe de 4 milliards de francs	Le Conseil fédéral accorde une garantie à la BNS en vue de l'octroi à Credit Suisse d'une aide supplémentaire sous forme de liquidités afin de soutenir la reprise par l'UBS.
3b. Ordonnances de nécessité	Ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA (RO 2008 4741)	Ordonnance 2 COVID-19 (RO 2020 773); O sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral (RO 2020 847); O sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (RO 2020 849); O sport, O culture, O perte de gain, ordonnance COVID-19 assu-	Ordonnance sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (OFiEl, RO 2022 492)	Ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique (RS 952.3)

Paramètres de comparaison	UBS (15.10.2008)	COVID-19 (10.3.2020)	Axpo (5.9.2022)	Credit Suisse (16.3.2023)
		rance-chômage (RO 2020 877); O bail à loyer et bail à ferme; O insolvabilité; O cautionnements solidaires (RO 2020 1077), O examen de maturité; O presse écrite, médias électroniques; O accueil pour enfants		
4. Motivation	Renforcement du système financier suisse	Lutter contre le coronavirus et surmonter de la crise du coronavirus en raison des dangers pour la santé de la population suisse et du risque de surcharge du système de santé	Sécurité de l'approvisionnement en électricité de la Suisse	Protection de la stabilité financière et de l'économie suisse
5. Autres solutions	Loi fédérale urgente ou ordonnance de nécessité du Parlement ?	Dans la mesure du possible, fonder les mesures sur la LEp (art. 6, al. 2). Loi fédérale urgente ou ordonnance de nécessité du Parlement ?	La LFiEl était en cours, le Parlement ne voulait pas d'un traitement urgent	Loi fédérale urgente ou ordonnance de nécessité du Parlement ?
6. Reprise en droit ordinaire	Pas de reprise dans une loi formelle	Loi COVID-19 (RS 818.102) (et, si nécessaire, reprise dans la LEp); loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (RS 951.26).	Loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (LFiEl, RS 734.91)	Reprise limitée du droit de nécessité dans le droit ordinaire par une modification de la loi sur les banques (LB, RS 952.0)

Paramètres de comparaison	UBS (15.10.2008)	COVID-19 (10.3.2020)	Axpo (5.9.2022)	Credit Suisse (16.3.2023)
7. Réactions	Rapport de la FINMA du 14.9.2009 « Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers »	Rapport du Conseil fédéral du 27.5.2020 concernant l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité [...] depuis le début de la crise du coronavirus	Motion 22.4132 Eva Herzog « Limiter les risques que représentent pour l'économie nationale les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité »	Institution d'une commission d'enquête parlementaire (FF 2023 1369)
8. Évaluation	Rapport de la CIP-N du 5.2.2010 relatif à l'iv. pa. sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires (FF 2010 1431); rapport du Conseil fédéral du 12.5.2010 « Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir » (postulat 08.4039 et motion 09.3010); rapport des CdG du 30.5.2010 « Les autorités sous la pression de la crise financière [...] »; iv. pa. 10.401 « Crise financière/UBS. Institution d'une	Révision de la LEp et du plan de pandémie / révision du manuel de gestion de crise		Le Conseil fédéral décide fin mars 2023 de faire le point sur la reprise de Credit Suisse par l'UBS dans les 12 mois. Il est notamment prévu d'évaluer la réglementation <i>too big to fail</i> sur la base de l'art. 52 LB.

Paramètres de comparaison	UBS (15.10.2008)	COVID-19 (10.3.2020)	Axp (5.9.2022)	Credit Suisse (16.3.2023)
	CEP »; réglementation <i>too big to fail</i> dans la loi sur les banques conformément aux recommandations du Conseil de stabilité financière			

Sources: communiqués de presse du Conseil fédéral et pages admin.ch des offices