

La mise en vigueur échelonnée de la législation: le règne du pragmatisme?

Jean-Christophe Geiser | *Le phénomène de la mise en vigueur échelonnée de la législation n'a pas encore fait l'objet d'une théorie. La contribution présente donc une casuistique, dont la diversité peut étonner. Si le cas classique de la mise en vigueur échelonnée d'une loi, décidée par le Conseil fédéral ou par le Parlement lui-même, ne pose a priori pas de problèmes particuliers, de nouvelles formes de mises en vigueur échelonnées sont apparues récemment: mise en vigueur soumise à condition, ou mise en vigueur nécessitant une nouvelle décision du Parlement, ou encore mise en vigueur formelle... mais pas matérielle. Cette diversité traduirait-elle une approche plus pragmatique de la mise en vigueur d'une législation?*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Les cas de figure
- 3 Un cas particulier: une mise en vigueur formelle, mais pas matérielle?
- 4 Conclusion

1 Introduction

Il est rare que le juriste qui s'attelle à la présentation d'une thématique juridique ne trouve sur son sujet pas le moindre avis de droit, la moindre publication, ni même la moindre mention en doctrine. Il semble pourtant que tel soit le cas pour cette problématique de la mise en vigueur échelonnée de la législation. Le phénomène de la mise en vigueur échelonnée d'une législation est pourtant loin d'être exceptionnel. Il aurait même tendance à devenir plus fréquent. Il n'y a guère que le «Guide pour l'élaboration de la législation fédérale» qui lui consacre une page,¹ les directives de la Confédération sur la technique législative² donnant quant à elles quelques exemples de formulation aux chiffres 110 à 113 et, pour les ordonnances, au chiffre 147.

Peut-être faut-il y voir le signe de ce que ce sujet n'est pas problématique, et qu'il n'appelle donc aucune analyse particulière. Certes, dans sa forme «simple», la mise en vigueur échelonnée est une institution qui ne prête guère à de longues analyses. Mais des exemples récents démontrent qu'outre les cas «classiques» de mise en vigueur échelonnée, certaines lois contiennent des dispositions plus étonnantes, voire créatrices. En l'absence

d'une théorie, on commencera donc par présenter les principaux cas de figure, sans prétendre pourtant à l'exhaustivité.

2 Les cas de figure

2.1 La mise en vigueur par étapes «standard»

2.1.1 *Par un arrêté du Conseil fédéral pour une loi fédérale*

On le sait, au niveau fédéral, la règle est que les Chambres fédérales délèguent au Conseil fédéral la compétence de faire entrer la loi en vigueur (DTL chiffre 107). Cette mise en vigueur se fait soit de manière simultanée, soit de manière échelonnée.

La date d'entrée en vigueur du droit révisé de la société anonyme a ainsi été fixée au 1er juillet par le Conseil fédéral (RO 1992 785), à l'exception des art. 663e à 663g qui sont entrés en vigueur le 1er juillet 1993.

Il s'agit ici du cas «classique» d'une mise en vigueur différée et différenciée. La mise en vigueur échelonnée est destinée à donner soit aux destinataires d'une législation, soit aux autorités d'exécution, un temps suffisant pour s'adapter à une nouvelle législation. Comme on le verra, les raisons qui amènent à envisager une mise en vigueur partielle, échelonnée, conditionnelle ou différée d'une législation peuvent être diverses.

C'est ici le Conseil fédéral lui-même qui décide de l'entrée en vigueur échelonnée. On admet en effet que si le législateur donne la compétence au Conseil fédéral de fixer l'entrée en vigueur, cette délégation contient également l'autorisation de mettre l'acte législatif en vigueur par étapes, et ce même si cette possibilité n'a pas été mentionnée expressément dans l'acte législatif (Guide de législation, paragraphe 209, chapitre 1363.36).

Pour des raisons que l'on ignore, il arrive pourtant que le législateur fédéral prévoie expressément cette possibilité dans la loi. Ainsi l'article 4 de la loi fédérale du 21 juin 2002 sur le siège du Tribunal pénal fédéral et celui du Tribunal administratif fédéral (RS 173.72) prévoit expressément à son art. 4, al. 2, que le Conseil fédéral «peut échelonner dans le temps l'entrée en vigueur des différentes dispositions». Peut-être s'agissait-il, dans le cas d'une loi qui ne se basait pas sur un projet du Conseil fédéral, de manifester clairement le fait que le Conseil fédéral gardait cette possibilité.

2.1.2 *Par une ordonnance du Conseil fédéral pour une loi fédérale*

L'existence d'une ordonnance concernant la mise en vigueur d'une loi découle d'une entrée en vigueur en deux étapes, lorsque la date de la seconde étape n'est pas encore connue lors de l'entrée en vigueur des premières dispositions d'une loi.

Ainsi, lorsqu'au moment de l'entrée en vigueur d'une partie de la loi, on ne sait pas encore quand le reste de la loi entrera en vigueur, une ordonnance du Conseil fédéral pour la «seconde» mise en vigueur sera nécessaire. Cette ordonnance s'intitulera alors «Ordonnance concernant l'entrée en vigueur complète de la loi...» (cf. DTL chiffre 109).

Considérons l'exemple de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu). On trouvera donc d'abord au RO (RO 2004 4755), suivant la publication du texte de la loi, la mention de la «première» mise en vigueur décidée par le Conseil fédéral:

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ *Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 4 septembre 2003 sans avoir été utilisé.*

² *La présente loi entre en vigueur comme suit:*

- a. *le ch. II/6 de l'annexe (art. 5^{bis}, 7, al. 7, et 28, al. 1, let. a^{bis}) entre en vigueur le 1^{er} janvier 2005;*
- b. *l'entrée en vigueur des autres dispositions sera fixée ultérieurement.*

Puis, le RO (RO 2004 5391) publiera l'ordonnance de mise en vigueur intégrale de la loi:

Ordonnance

concernant la mise en vigueur intégrale de la loi sur l'énergie nucléaire

du 10 décembre 2004

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'art. 107, al. 3, de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire,

arrête:

Article unique

¹ *Sous réserve de l'al 2, la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire entre en vigueur le 1er février 2005.*

² *Le ch. II/6 de l'annexe à la loi sur l'énergie nucléaire (art. 5^{bis}, 7, al. 7 et 28, al. 1, let. a^{bis}, de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie), entre en vigueur le 1er janvier 2005.*

Il s'agit donc ici apparemment d'un impératif pratique, qui évite de publier une seconde fois dans le RO le texte de la loi déjà publié lors la première mise en vigueur.

Dans le cas de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71), la mise en vigueur échelonnée s'est faite également par l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 juin 2003 sur la mise en vigueur de la loi sur le Tribunal pénal fédéral et la mise en vigueur partielle de la loi sur le siège du Tribunal pénal fédéral et celui du Tribunal administratif (RO 2003 2131).

2.2 La mise en vigueur échelonnée décidée par le Parlement

L'art 111 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) prévoit une mise en vigueur échelonnée, décidée par le Parlement lui-même.

Art. 111 Référendum et entrée en vigueur

¹ *La présente loi est sujette au référendum.*

² *Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.*

³ *L'art. 103 entre en vigueur cinq ans après l'entrée en vigueur des autres dispositions de la présente loi.*

Il est intéressant de noter que, dans ce cas, c'est le Parlement qui a décidé cette mise en vigueur différée, alors que le projet du Conseil fédéral (FF 2000 4184 ss, 4218) ne contenait que la clause habituelle de mise en vigueur; cette clause n'aurait, rappelons-le, pas empêché le Conseil fédéral lui-même de prévoir une mise en vigueur échelonnée.

Il est également intéressant de relever que le début du délai de 5 ans pour l'entrée en vigueur de l'art. 103 LFus dépend de la décision de mise en vigueur de la loi par le Conseil fédéral. L'art 103 LFus qui concerne les droits de mutation a la teneur suivante:

Art. 103

La perception de droits de mutation cantonaux ou communaux est exclue en cas de restructuration au sens de l'art. 8, al. 3, et de l'art. 24, al. 3 et 3^{quater}, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes. Les émoluments couvrant les frais occasionnés sont réservés.

Dans ce cas, on pourrait se poser la question de savoir dans quelle mesure, lorsque dans un cas comme la loi sur la fusion le Parlement décide de la mise en vigueur échelonnée de certaines dispositions d'une loi, le Conseil fédéral reste compétent pour décider lui aussi d'une mise en vigueur échelonnée d'autres dispositions de la loi.

Enfin, on trouve encore un autre exemple de formulation à l'art. 84 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1):

Art. 84 *Référendum et entrée en vigueur*

¹ *La présente loi est sujette au référendum facultatif.*

² *Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.*

³ *L'art. 83, al. 2, entre en vigueur, en l'absence de référendum, le premier jour du deuxième mois qui suit l'échéance du délai référendaire ou, en cas de référendum, le jour de l'acceptation de la présente loi par le peuple.*

On relèvera pourtant qu'il s'agit ici d'un «mauvais exemple», les DTL (chiffre 108) recommandant d'éviter ce genre de formulation en raison du flou qui règne sur l'entrée en vigueur de la loi en cas de demande de référendum.

2.3 La mise en vigueur échelonnée d'une modification de la constitution

L'arrêté fédéral du 4 octobre 2002 relatif à la révision des droits populaires, accepté par le peuple et les cantons le 9 février 2003 (FF 2003 2874) a été mis partiellement en vigueur au 1^{er} août 2003 (RO 2003 1952) par l'arrêté fédéral du 19 juin 2003 portant mise en vigueur des dispositions directement applicables de l'arrêté fédéral du 4 octobre 2002 relatif à la révision des droits populaires.

2.4 La mise en vigueur soumise à condition

La loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61) fournit aussi un exemple d'entrée en vigueur «conditionnelle» d'une partie d'une loi:

Art. 37 *Référendum et entrée en vigueur*

¹ *La présente loi est sujette au référendum.*

² *Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur. Les art. 2, al. 2 et 3, 10, al. 1, let. b, ainsi que les sections 4 à 6 n'entrent en vigueur que si l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes entre lui-même en vigueur.*

³ *Pour les ressortissants des Etats membres de l'AELE, les art. 2, al. 2 et 3, 10, al. 1, let. b, ainsi que les sections 4 à 6 n'entrent en vigueur que si la loi fédérale du 14 décembre 2001 relative aux dispositions concernant la libre circulation des personnes de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE) entre elle-même en vigueur.*

Comme souvent, le Conseil fédéral est habilité à fixer la date d'entrée en vigueur de la loi. La Suisse devant transposer le droit communautaire pertinent suite à la conclusion de l'accord sectoriel sur la libre circulation des personnes, l'entrée en vigueur de la LLCA devait coïncider avec l'entrée en vigueur des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (prévue alors pour début 2001). Au cas où les accords sectoriels, et en particulier l'accord sectoriel sur la libre circulation de personnes, ne seraient pas entrés en vigueur, le volet «interne» de la LLCA devait lui entrer en vigueur, puisque la loi concerne avant tout la libre circulation intercantonale des avocats (art. 33 al. 2 cst.), et qu'elle règle les principes essentiels de la profession d'avocat. L'al. 2 prévoit donc que les parties de la loi qui transposent le droit communautaire n'entrent en vigueur qu'au cas où l'accord sectoriel entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres entre lui-même en vigueur (cf. FF 1999 5383).

Comme c'était déjà le cas pour l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes (art. 37, al. 2, 2e phrase, LLCA), les articles de la loi sur les avocats qui se fondent sur l'accord de libre circulation ne devaient entrer en vigueur pour les ressortissants des Etats membres de l'AELE que si la loi fédérale relative aux dispositions concernant la libre circulation des personnes de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'AELE entrait elle-même en vigueur (art. 37, al. 3; cf. FF 2002 2480).

2.5 La mise en vigueur échelonnée nécessitant une nouvelle décision Parlement

Il s'agit ici d'un cas très intéressant, et semble-t-il unique. L'article 30 du projet de loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité [Projet de modification de la loi sur les installations électriques (LIE, FF 2005 1567) et projet de loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, FF 2005 1573; message FF 2005 1493 ss)] a en effet la teneur suivante:

Art. 30 Référendum et entrée en vigueur

¹ *La présente loi est sujette au référendum.*

² *Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur avec l'exception suivante:*

- a. *les art. 7 et 13, al. 4, let. b entrent en vigueur par voie d'arrêté fédéral cinq ans après l'entrée en vigueur de la présente loi;*
- b. *les art. 6 et 13, al. 2 et 4, let. a, sont abrogés simultanément par le même arrêté fédéral;*
- c. *l'arrêté fédéral visé aux let. a et b est sujet au référendum facultatif.*

Pour des raisons politiques, il importait que le passage de l'ouverture partielle du marché (première étape) à l'ouverture totale, cinq ans plus tard, puisse faire l'objet d'un référendum facultatif. Dès lors, certaines dispositions de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité n'entreraient pas en vigueur immédiatement (art. 7 et 13, al. 4, let. b, LApEl), alors que d'autres dispositions, applicables sans délai, devront être abrogées après cinq ans (art. 6 ainsi qu'art. 13, al. 2 et 4, let. a, LApEl).

L'abrogation ou l'entrée en vigueur de ces dispositions relèvent d'une décision des Chambres, prise dans un arrêté fédéral, conformément à l'art. 141, al. 1, let. c, de la Constitution. Le message précise bien qu'un tel arrêté ne saurait suffire pour modifier dans sa teneur la loi sur l'approvisionnement en électricité. Les modifications apportées à la loi doivent revêtir la forme d'une loi fédérale (art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Ainsi, le Conseil fédéral devra soumettre au Parlement un message avec projet d'arrêté fédéral (art. 141, al. 1, let. c, Cst.) en prévision de la mise en vigueur ou de l'abrogation des dites dispositions. (FF 2005 1549 s).

On peut légitimement se poser quelques questions sur cette construction «en deux étapes». Tout d'abord, la LCO2 est, en partie, sujette doublement au référendum facultatif : la première fois, lors de l'adoption de la loi elle-même, puis la seconde fois, indirectement, lorsque l'arrêté fédéral de mise en vigueur sera adopté, et sujet au référendum facultatif.

Il est aussi étonnant que le Parlement se fixe à lui-même un délai «maximal» (5 ans) pour «confirmer» la mise en vigueur d'une loi qu'il a adoptée. Quelles seraient les conséquences si, pour une raison ou pour une autre, le Parlement ne «confirmait» pas cette mise en vigueur?

La question d'une modification de la loi, toujours possible dans l'intervalle, se pose également : quelle est alors la portée d'une disposition qui prévoit la confirmation, dans un délai maximal de 5 ans, de dispositions qui peuvent être abrogées ou modifiées dans l'intervalle?

On s'en doute, il s'agit ici d'une véritable «tactique législative» dont le but est de permettre d'écarter certaines réticences sur le plan politique.

3 Un cas particulier: une mise en vigueur formelle, mais pas matérielle?

La loi fédérale du 8 octobre 1999 sur la réduction des émissions de CO2 (Loi sur le CO2; RS 641.71) introduit un mécanisme particulier. Il ne s'agit pas ici à proprement parler, sur le plan formel, d'une mise en vigueur échelonnée, puisque l'ensemble de la loi entre en vigueur. Mais, examinons l'article 6 de la loi:

Art. 6 Introduction de la taxe

¹ *S'il est prévisible que les mesures mentionnées à l'art. 3, al. 1, ne permettront pas, à elles seules, d'atteindre les objectifs fixés, le Conseil fédéral introduit la taxe sur le CO₂.*

² *Il tient compte notamment:*

- a. de l'efficacité des autres taxes sur l'énergie;*
- b. des mesures adoptées par d'autres Etats;*
- c. des prix des combustibles et des carburants pratiqués dans les Etats voisins;*
- d. de la capacité concurrentielle de l'économie en général et des différents secteurs économiques.*

³ *Le Conseil fédéral peut introduire la taxe en 2004 au plus tôt.*

⁴ *Il peut introduire la taxe par étapes. Il fixe à l'avance le calendrier des différentes étapes.*

La loi est entrée en vigueur le 1er mai 2000. Elle souhaite avant tout encourager les mesures volontaires, et ne prévoit donc l'introduction d'une taxe que comme «épée de Damoclès», dans la mesure où les objectifs fixés par la loi ne seraient pas atteints:

Selon l'art. 6 LCO₂, le Conseil fédéral ne peut introduire la taxe que s'il est prévisible que les autres mesures ne permettront pas d'atteindre l'objectif de réduction. La taxe est donc un instrument complémentaire, dont on ne fera usage que si nécessaire.

Pour prendre sa décision, le Conseil fédéral aura à sa disposition une évaluation scientifique des progrès enregistrés, notamment des relevés statistiques et des perspectives sur l'évolution de la situation. Si les objectifs sont atteints, les résultats de l'évaluation seront portés à la connaissance du Conseil fédéral, puis publiés. Si au contraire les émissions de CO₂ s'écartent fortement de l'objectif de réduction, le Conseil fédéral publiera les résultats de l'évaluation et ouvrira une procédure de consultation relative à une ordonnance d'introduction de la taxe sur le CO₂ (FF 1997 III 437).

Le délai fixé pour l'introduction de la taxe ne peut être indéfiniment repoussé, du fait que la taxe est censée déployer son efficacité d'ici à la date butoir de 2010 (art. 2 al. 1 de la loi). Une taxe d'incitation ne déploie pas ses effets du jour au lendemain. C'est la raison pour laquelle, selon le message (FF 1997 III 447) l'introduction par étapes selon le 3^{ème} alinéa de l'article 6 ne fait pas l'objet d'une prescription contraignante. Plus on tardera à introduire la taxe, moins l'introduction par étapes sera facile.

Il est intéressant de noter que le message relatif à la loi sur le CO₂ réserve expressément – ce qui pourtant va de soi – la possibilité de modifier les objectifs de réduction par une modification législative

Nous ne sommes certes pas ici dans le cas classique d'une mise en vigueur échelonnée, en tout cas sur le plan formel. Mais matériellement, nous sommes dans une législation programmatique, qui fixe des objectifs et envisage des mesures qui entrent ou n'entrent pas en vigueur selon l'évolution et l'évaluation de la situation.

4 Conclusion

Quelles conclusions tirer de cette suite d'exemples? Outre les cas «classiques» de mise en vigueur échelonnée, les deux derniers exemples en tout cas semblent dessiner une tendance, pour ne pas dire une évolution, vers une législation «à programme», souple, et dont les effets peuvent s'articuler dans le temps. On peut certes y voir une concession à des facteurs et des réalités politiques, mais peut-être peut-on aussi y déceler un moyen, pour le législateur, de mieux «coller» à l'évolution, en se laissant la possibilité de faire certaines expériences.

On pourrait peut-être même y voir l'antithèse de la législation expérimentale, où une législation est mise en vigueur pour un certain temps seulement. C'est bien cette fois dans la durée que s'inscrit une mise en vigueur échelonnée. Mais, dans les cas présentés sous chiffres 2.4, 2.5 et 3 ci-dessus, on constate que le législateur s'autorise, certes modestement, une certaine marge de manoeuvre. Il sera intéressant d'examiner si, ces prochaines années, le législateur développera ce qui apparaît encore comme des tentatives pragmatiques de rendre la loi plus souple, voire programmatique.

Notes

- 1 Chapitre 1363.36 du Guide de législation (Guide pour l'élaboration de la législation fédérale), 2e édition, Berne 2002.
- 2 Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), édition mise à jour en 2003, Berne 2003.