

Camille Dubois

Compte rendu du 34ème Forum de législation du 25 octobre 2018

Nouveautés CPO et coopération intercantonale

Dès 2019 les Forums de législation auront lieu deux fois par année, au printemps et en automne. Pour l'année 2019 les dates sont fixées au 25 avril et au 24 octobre.

Categoria di articoli : Resoconti di convegni

Citazione : Camille Dubois, Compte rendu du 34ème Forum de législation du 25 octobre 2018,
in : LeGes 29 (2018) 3

[Rz 1] Ce 34^e Forum de législation a commencé par une présentation de Monsieur MICHAEL KAMMERBAUER (Chef du projet de modernisation du CPO, Chancellerie fédérale) du **projet de modernisation du système du centre des publications officielles CPO**.

[Rz 2] Le système CPO gère entre autres la publication de la Feuille fédérale, du Recueil officiel des lois et du Recueil systématique. Il s'agit d'un processus de gestion informatisé, visant à faciliter la collaboration des nombreuses parties prenantes à l'élaboration de la législation. Un grand chantier visant à la modernisation de l'actuel système CPO a commencé en 2014. Les raisons de cette entreprise sont principalement les suivantes :

- le système actuel, vieux de presque 20 ans, est obsolète. Il repose sur des technologies dépassées, ce qui rend sa maintenance et son adaptation aux nouveautés TIC laborieuses ;
- de nouvelles dispositions légales l'exigent, soit notamment le passage à la primauté de la version électronique, la révision de la LPubl¹, de l'OPubl² et de l'OHand³ ainsi que par les évolutions en matière de protection des données et de cyberadministration.
- les exigences et les besoins des usagers en matière de qualité et d'intégralité des textes publiés sur la plateforme sont plus élevés.

[Rz 3] Avec cette modernisation, la Chancellerie fédérale, en collaboration avec l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT) et le fournisseur de prestations externe (European Dynamics), entend soutenir le passage à la primauté de la version électronique, remplacer l'ancien système et offrir aux utilisateurs une plateforme de publication pour tous les textes, gérable de manière économique, à l'instar du système lui-même.

[Rz 4] En pratique, le nouveau système, qui s'appellera FedLex, reposera principalement sur les piliers suivants :

- une production et une publication continues, contraignantes et adaptées à Internet, des produits primaires du CPO, soit la Feuille fédérale et le Recueil officiel ;
- une production et une publication modernes des produits secondaires et dérivés (Recueil systématique, procédures de consultations, etc.) ;
- des possibilités techniques de téléchargements (en fichiers pdf, xml, html ou Microsoft Word) ;
- un élargissement des services offerts (par ex. les identifiants de document et les liens entre documents pérennes).

[Rz 5] Actuellement, le projet se trouve en phase de réalisation selon la méthode HERMES. Les travaux ont pris du retard. Deux unités de réalisation (RE) sont prévues. La première (RE1) est la réalisation du système de base, qui remplacera le système existant. La seconde (RE2) permettra d'élargir ses fonctionnalités. Le défi principal réside dans la transformation et le transfert des données existantes. La mise en service de la RE 1 est prévue pour l'été 2019.

[Rz 6] Pour poursuivre, et entrer dans la thématique principale de ce Forum, à savoir la coopération intercantonale, Monsieur ELOI JEANNERAT (greffier au Tribunal fédéral et postdoctorant à l'Université de Neuchâtel) a abordé quelques questions intéressantes qu'il soulève dans

¹ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RS 170.512.

² Ordonnance du 7 octobre 2015 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RS 170.512.1.

³ Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, RS 151.31.

sa thèse, intitulée « **L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel – Questions choisies de collaborations intercantonale et intercommunale** »⁴.

[Rz 7] L'exposé a principalement porté sur la problématique des délégations de tâches publiques entre cantons ou entre communes. Ces délégations sont la plupart du temps formalisées par des conventions. Elles portent sur des domaines et des prestations très variées. Par exemple, les communes bernoises d'Eschert, de Roches et de Perrefitte ont choisi de déléguer à celles de Moutier toutes les tâches de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers⁵. Le canton de Neuchâtel a quant à lui décidé de confier la surveillance de « sa partie » du lac aux polices des cantons de Vaud et de Fribourg⁶. Les cantons d'Uri, d'Obwald et de Nidwald ont convenu⁷ que les deux premiers pouvaient charger un procureur nidwaldien de la poursuite des infractions économiques commises sur leurs territoires. Mentionnons encore la convention conclue entre le canton de Fribourg et le canton de Berne déléguant à l'ABSPF, soit l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations, la tâche de contrôler les institutions de prévoyance professionnelle domiciliée dans ces deux cantons bilingues. A noter que, dans ce même domaine, les cantons de Vaud, du Valais, de Neuchâtel et du Jura ont préféré instituer, par voie de concordat⁸, une autorité de surveillance commune (autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale).

[Rz 8] Les délégations de tâches entre cantons ou communes soulèvent divers problèmes et interrogations. On peut en particulier se demander si, dans certains cas, il ne s'agit d'un marché public, l'attribution du mandat devant dès lors faire l'objet d'une procédure d'adjudication publique. La question s'est par exemple posée s'agissant de la délégation de services d'enlèvement des déchets. Les autorités judiciaires vaudoises y ont répondu négativement, jugeant que l'attribution du service de ramassage des déchets d'une commune à une autre ne constituait pas un marché public (RDAF 2000 123). Une telle solution semble avoir été « confirmée » par la Cour de Justice de l'Union européenne dans une affaire relativement récente. En l'espèce, deux collectivités territoriales allemandes avaient créé une personne morale de droit public et lui avaient attribué la tâche de gestion des déchets, laquelle était jusqu'alors de la responsabilité des collectivités en question (affaire C51/15, du 21 décembre 2016).

[Rz 9] La question de l'assujettissement à la TVA des prestations facturées par le canton ou la commune délégataire se pose aussi. En effet, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le prélèvement d'une telle taxe peut, sur le principe, s'imposer dans les cas où l'Etat acquiert des prestations auprès de tiers qui accomplissent des tâches publiques pour son compte, dès lors que l'on se trouve dans un rapport d'échange de prestations et non de subventions (ATF 141 II 182, consid. 3). En l'occurrence, lorsque les cantons de Fribourg et de Vaud facturent respectivement 223 et 260 francs au canton de Neuchâtel en contrepartie d'un service de surveillance sur le lac, on peut douter qu'il s'agisse là d'un paiement s'assimilant à une subvention.

⁴ Neuchâtel 2018.

⁵ Contrat régissant la collaboration entre les communes de Moutier, Eschert, Perrefitte et Roches dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers du 27 septembre 2010.

⁶ Convention intercantonale du 15 août 2014 relative à l'organisation et à la gestion de la police du lac de Neuchâtel, RSN 766.11.

⁷ Convention du 12 octobre 2010 entre les cantons d'Uri, d'Obwald et de Nidwald concernant la poursuite des infractions économiques.

⁸ Concordat sur la création et l'exploitation de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale du 23 février 2011.

[Rz 10] Les conventions de délégation de tâches entre cantons et communes connaissent peu de limites expresses, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal. Quelques restrictions existent cependant. Une collectivité ne peut pas déléguer, de manière définitive, l'entier d'un domaine de compétence dont elle a la responsabilité. Elle doit respecter le droit au for de domicile en matière civile, ce qui signifie concrètement qu'elle ne peut pas déléguer de pouvoir juridictionnel dans ce domaine (art. 30, al. 2 Cst.). Elle doit aussi exercer une surveillance suffisante sur le délégataire – de simples rapports périodiques n'étant pas suffisants – et prévoir une possibilité de résilier la convention dans un délai raisonnable (en pratique dans un délai d'une année au maximum pour la fin d'une année). Cela dit, on semble partir de l'idée que les constitutions cantonales ne constituent pas des obstacles à des conventions qui leur seraient contraires. Par exemple, l'exécutif obwaldien, au moment d'autoriser la délégation de la poursuite de la criminalité économique sur son territoire à un procureur nidwaldien, ne s'est pas pas embarrassé de la constitution obwaldienne, quand bien même celle-ci contient une disposition (art. 69) prévoyant que la poursuite pénale est exercée, dans ce canton, par des procureurs élus par le Grand Conseil. Quelles conséquences en tirer sur l'interprétation des art. 48 al. 5 et 51 al. 1 Cst. ?

[Rz 11] Par ailleurs, le principe de territorialité, selon lequel le droit administratif ne s'applique que sur le territoire de la collectivité dont il émane, est bien souvent mis à mal par les conventions de délégation. La convention sur la surveillance du lac de Neuchâtel illustre bien ce phénomène. Selon son art. 8, al. 1, la responsabilité pour les actes illicites et licites des agents sur le lac est régie par les règles cantonales du canton de provenance des agents, donc, pour une personne lésée à Neuchâtel, par le droit fribourgeois ou vaudois. L'al. 3 de cette disposition prévoit, simultanément, une compétence des autorités judiciaires du canton de provenance. On peut légitimement se montrer perplexe face à de telles clauses qui, de fait, opèrent un renvoi législatif dynamique envers un droit adopté par un autre canton, ainsi qu'une cession de pouvoir juridictionnel en faveur de ce dernier. Relevons que l'Office fédéral de la justice, dans une note interne de 2002, a eu l'occasion de douter de leur constitutionnalité, estimant que les voies de droits, de même que les principes de base du droit de procédure, étaient des attributions qu'une collectivité ne pouvait totalement déléguer, tant elles touchaient les particuliers dans leur situation juridique.

[Rz 12] Enfin, la problématique du contrôle démocratique des conventions de délégation est délicate également, surtout lorsque la collaboration instaurée porte sur un domaine sensible. Une des questions est celle de savoir si le parlement cantonal doit approuver la délégation envisagée. La situation s'apprécie différemment selon que l'on se place du point de vue de la collectivité délégante ou de celui de la collectivité délégataire. Du côté de la collectivité délégante, une approbation par le parlement est en principe essentielle, à moins que le Conseil d'Etat ne puisse se prévaloir d'une base légale qui l'autorise à conclure seul des conventions intercantionales. On se méfiera cependant de la tendance de certains gouvernements à s'arroger un tel droit en interprétant très – voire trop – largement leur droit cantonal (par ex. art. 38 de la loi cantonale neuchâteloise sur la police⁹). Une approbation par le parlement n'est souvent pas nécessaire dans le cas de la collectivité délégataire, dans la mesure où ce type de convention est en règle générale considérée comme un contrat d'importance secondaire. La classification dépendra notamment des conséquences financières, de la sensibilité politique du dossier ou de la durée du délai de résiliation.

⁹ Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 ; RS 131.233.

[Rz 13] L'exposé suivant, de Monsieur MAGNUS OESCHGER (chef du service juridique et vice-chancelier d'Etat du canton de Glaris) a principalement porté sur la question **de la publication des conventions de collaboration intercantionales**.

[Rz 14] Monsieur OESCHGER relève que les motifs qui poussent les cantons à conclure des conventions de collaboration sont divers. Cela peut notamment résulter d'une volonté d'unification et d'uniformisation des différents droits, du souhait de créer une institution ou une organisation commune (par ex. la « Hochschule für Technik Rapperswil [HSR] », pour les cantons de St-Gall, Schwyz et Glaris, ou la « Linthwerk » pour les cantons de Glaris, Schwyz, St-Gall et Zurich), ou simplement de l'objectif d'améliorer la collaboration entre voisins (par. ex. la coopération policière pour les contrôles de la route ou du lac). L'adhésion à une convention peut aussi, selon les cas, être vue comme l'expression d'une certaine solidarité entre les cantons. Citons à cet égard l'approbation, par le canton de Glaris, de la révision du concordat du 15 novembre 2007 instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives. Cette révision prévoyait notamment un régime d'autorisations obligatoires pour les matchs de football et de hockey avec participation des clubs de la division la plus haute (art. 3a, al. 1). Pour le canton de Glaris, cette autorisation obligatoire était à l'époque sans importance, dans la mesure où son club le mieux classé évoluait en 1^{ère} ligue. Il a toutefois accepté la révision du concordat, par solidarité. A noter toutefois que la non-pertinence du concordat pour les cantons ne disposant pas d'équipe dans la première division est toute relative. En effet, il n'est pas rare que des équipes de ligues inférieures affrontent des équipes de première division dans le cadre de matchs de coupe. Dans ce cas, c'est en principe l'équipe la plus faible qui reçoit, et qui doit donc solliciter une autorisation au sens de l'art. 3a, al. 1 du Concordat. Or, cette situation s'est justement produite à Glaris, en septembre 2017, lorsque le FC Linth 04, classé en 1^{ère} ligue, a joué à domicile contre St-Gall.

[Rz 15] La procédure d'adoption des conventions est souvent très simple. Pour les accords de réciprocité en dans le domaine fiscal par exemple, le processus résulte simplement d'une demande du canton A au canton B, et d'une acceptation de ce dernier. Il n'y a presque pas de correspondance, ni d'explications, ni de véritable document contractuel. La pratique quant à la publication de ces conventions de réciprocité diffère selon les cantons. Thurgovie, Schaffhouse et Bâle-Campagne ont tendance à les publier dans leur recueil systématique sous la forme d'une liste.

[Rz 16] De manière plus générale, à Glaris, la loi sur les publications¹⁰ prévoit (art. 3, let. c) que le recueil systématique comprend les concordats et les autres conventions entre cantons qui contiennent des dispositions normatives ainsi que les actes législatifs d'organes intercantonaux. Le critère réside ainsi dans la nature juridique. Les conventions obligationnelles ne sont pas publiées, alors que les conventions normatives le sont. A noter qu'une même convention peut être considérée comme normative par un canton, et non par un autre. Tel est le cas par exemple de la convention du 11 mars 1991 entre les cantons de Saint-Gall et Glaris concernant l'entretien du pont sur le canal de la Linth à Ziegelbrücke. Le canton de Saint-Gall, estimant qu'elle avait un caractère normatif, l'a publiée¹¹, alors que Glaris ne l'a pas fait.

[Rz 17] La loi sur les publications du canton de Glaris connaît une exception à la publication du droit intercantonal dans le recueil cantonal de lois. On peut y renoncer lorsqu'une publication

¹⁰ Loi sur les publications du 4 mai 2014, I D/24/1.

¹¹ sGS 732.326.

équivalente est assurée au plan fédéral ou intercantonal. Dans ce cas, la loi sur les publications devra tout de même contenir un renvoi. La « publication par renvoi » est surtout adaptée pour le droit secondaire, soit en particulier les textes des conférences des directeurs cantonaux, ou d'organisations ou d'établissement intercantonaux. Dans le premier cas, la pratique varie largement selon les cantons concernés. La question du caractère équivalent de la publication à laquelle il est renvoyé fait souvent débat.

[Rz 18] Un projet de plateforme de publication pour le droit intercantonal est actuellement à l'étude. Une telle plateforme aurait l'avantage de la transparence et de l'accessibilité des actes et permettra d'uniformiser la pratique.

[Rz 19] Enfin, pour clore la matinée, Mesdames ANOUK D'HOOGHE (cheffe du bureau de la Conférence des achats de la Confédération CA) et REGINA FÜEG (secrétaire générale suppléante, Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DTAP), ont présenté **l'état des travaux de la révision de loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)¹² et de l'accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP).**

[Rz 20] La base du droit des marchés publics suisse est l'Accord OMC sur les marchés publics (AMP). Au niveau fédéral, cet accord est transposé dans la LMP et son ordonnance. Les cantons quant à eux mettent en œuvre les engagements découlant de l'AMP au travers de l'AIMP. L'AMP a été révisé en 2012, ce qui a engendré un besoin d'adapter la LMP et l'AIMP.

[Rz 21] Les procédures de révision de la LPM et de l'AIMP se déroulent séparément, en parallèle. En juin 2012, la CA et la DTAP ont chargé un groupe de travail paritaire nommé Aurora¹³ de soumettre des propositions de révision des actes législatifs fédéraux et cantonaux concernés. Les propositions devaient d'une part, assurer la mise en œuvre systématique de l'AMP 2012 aux niveaux de la Confédération et des cantons et, d'autre part, harmoniser autant que possible les législations fédérales et cantonales en la matière, tout en respectant la répartition des compétences inhérente au système fédéraliste. Il s'agissait aussi, pour les cantons, d'intégrer le plus largement possible les directives d'exécution de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) dans l'AIMP.

[Rz 22] L'AiMp a mené la consultation sur le projet d'AIMP révisé (P-AIMP) lors du quatrième trimestre de 2014. L'avant-projet de LMP (AP-LMP), en grande partie identique au P-AIMP, a été mis en consultation lors du deuxième trimestre de 2015. Le Conseil fédéral a adopté le message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) le 15 février 2017 (FF 2017 1596). Le projet est actuellement devant la commission du second Conseil, soit la commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. Le texte devrait être adopté par le Parlement dans le courant de 2019. La DTAP souhaiterait adopter le nouvel AIMP immédiatement après la conclusion des débats parlementaires relatifs à la LMP, afin que les cantons puissent également déclarer leur adhésion au concordat. Elle espère un traitement rapide et ciblé par les Chambres fédérales, de sorte que les cantons puissent également conclure leurs projets de révision et que le Conseil fédéral puisse ratifier l'AMC aussi vite que possible.

¹² RS 172.056.1.

¹³ Etaient représentés dans ce groupe de travail l'Office fédéral des constructions et de la logistique, l'Office fédéral des routes, armasuisse, La Poste, les CFF et la CAC, ainsi que les délégués cantonaux mandatés par la DTAP.

[Rz 23] Le défi principal des travaux de révision a été d'harmoniser les législations cantonales et fédérales et d'assurer une mise en œuvre uniforme des textes en préservant les intérêts et les sensibilités de chacun.

[Rz 24] La LMP et l'AIMP présentent en effet de nombreuses différences qu'il a fallu concilier. Ainsi, la question de savoir par exemple si les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail que les adjudicataires doivent respecter sont celles qui s'appliquent au lieu où ils ont leur siège ou leur établissement (principe du lieu de provenance) ou celles qui s'appliquent au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) a notamment suscité de nombreux débats. Il a également s'accorder sur la question de la protection juridique. La terminologie des textes a dû être harmonisée et il a parfois même été nécessaire de clarifier certaines notions, tant on s'est rendu compte qu'un même terme pouvait avoir un sens différent pour les cantons et pour la Confédération. Enfin il a fallu coordonner les procédures législatives au niveau fédéral et devant la DTAP.

[Rz 25] L'harmonisation a aussi été un défi pour les cantons eux-mêmes, dans le cadre de la révision de l'AIMP. L'implication, dans un projet, de 26 acteurs parfois très différents n'est évidemment pas simple, surtout que les parlements cantonaux sont de plus en plus critiques à l'égard des conventions intercantionales.

CAMILLE DUBOIS, Office fédéral de la justice, Unité Projets et méthode législatifs,
camille.dubois@bj.admin.ch.