



JAAC 1/2010 du 15 avril 2010

2010.5 (p. 54-67)

Compétence du Conseil fédéral en matière d'adaptation de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure

Professeur Georg Müller, docteur en droit et docteur honoris causa

Avis de droit du 5 septembre 2009

Mots clés: Compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation, coordination des modifications législatives, renseignement, protection de l'État.

Stichwörter: Organisationskompetenz des Bundesrats, Koordination von Gesetzesänderungen, Nachrichtendienst, Staatsschutz.

Termini chiave: Competenza del Consiglio federale in materia di organizzazione, coordinamento delle modifiche legislative, servizio informazioni, protezione dello Stato.

Regeste:

L'art. 8, al. 1, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) autorise le Conseil fédéral à établir une organisation rationnelle de l'administration fédérale et à la modifier lorsque les circonstances l'exigent. Pour ce faire, le Conseil fédéral peut déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en matière d'organisation. Du point de vue constitutionnel, cette restriction expresse de la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation doit être interprétée en ce sens que le Conseil fédéral ne peut déroger à des normes importantes, mais qu'il peut déroger à des dispositions d'organisation de moindre importance. Lorsque le législateur fédéral définit l'organisation de l'administration fédérale d'une certaine manière en pleine connaissance de cause, il s'agit d'une norme importante. Or, par l'ordonnance sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignements du Service d'analyse et de prévention au DDPS, le Conseil fédéral a notamment modifié de nombreuses dispositions de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI). Ce faisant, il n'a pas respecté les limites de l'autorisation prévue à l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA, car il a modifié d'importantes dispositions d'organisation de la LMSI que l'Assemblée fédérale avait édictées en adoptant la loi fédérale sur le renseignement civil (LFRC). Les modifications concernées sont donc frappées de nullité.

Regeste:

Art. 8 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) ermächtigt den Bundesrat, die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung zu bestimmen und sie den Verhältnissen anzupassen. Er kann dabei von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze abweichen; ausgenommen sind Fälle, in denen die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt. Der Vorbehalt der ausdrücklichen Einschränkung der Organisationskompetenz des Bundesrates ist bei verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, dass der Bundesrat nicht von wichtigen, sondern bloss von unwichtigen Organisationsbestimmungen in Gesetzen abweichen darf. Legt der Bundesgesetzgeber die Organisation der Bundesverwaltung bewusst in einer bestimmten Weise fest, so handelt es sich um eine wichtige Norm. Der Bundesrat hat in der

Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen infolge Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention zum VBS u.a. zahlreiche Bestimmungen des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) geändert. Er hat sich dabei nicht an den Rahmen der Ermächtigung des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG gehalten, sondern wichtige Organisationsbestimmungen des BWIS angepasst, welche die Bundesversammlung mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG) beschlossen hatte. Die betreffenden Änderungen des BWIS sind deshalb ungültig.

Regesto:

L'art. 8 cpv. 1 della legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA) autorizza il Consiglio federale a definire un'organizzazione razionale dell'Amministrazione federale e a modificarla quando le circostanze lo richiedono. In questo contesto il Consiglio federale può derogare a disposizioni organizzative di altre leggi federali; sono esclusi i casi nei quali l'Assemblea federale limita espressamente la competenza organizzativa del Consiglio federale. Dal punto di vista costituzionale, la limitazione espressa della competenza organizzativa del Consiglio federale deve essere interpretata nel senso che esso non può derogare a norme importanti, ma può invece derogare a disposizioni organizzative meno importanti. Quando il legislatore definisce l'organizzazione dell'Amministrazione federale scientemente in un certo modo, si tratta di una disposizione importante. Con l'ordinanza sull'adeguamento delle disposizioni legali in seguito al trasferimento delle unità di informazioni del Servizio di analisi e prevenzione nel DDPS, il Consiglio federale ha segnatamente modificato numerose disposizioni della legge federale sulle misure per la salvaguardia della sicurezza interna (LMSI). In tal modo non ha rispettato i limiti dell'autorizzazione di cui all'art. 8 cpv. 1 secondo per. LOGA, poiché ha modificato importanti disposizioni organizzative della LMSI che l'Assemblea federale aveva deciso con l'adozione della legge federale sul servizio informazioni civile (LSIC). Le modifiche interessate non sono pertanto valide.

Base juridique:

Art. 164 al. 1, art. 178 al. 1 et 2 Cst. (RS 101)

Art. 5 al. 2 et 3, art. 7 al. 1, art. 13a al. 2 et 3, art. 19 al. 2, art. 20 al. 2 lit. a, art. 21 al. 1, art. 26 al. 1, art. 27 al. 3 LMSI (RS 120)

Rechtliche Grundlagen:

Art. 164 Abs. 1, Art. 178 Abs. 1 und 2 BV (SR 101)

Art. 5 Abs. 2 und 3, Art. 7 Abs. 1, Art. 13a Abs. 2 und 3, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 2 lit. a, Art. 21 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 3 BWIS (SR 120).

Basi legali:

Art. 164 cpv. 1, art. 178 cpv. 1 e 2 Cost. (RS 101)

Art. 5 cpv. 2 e 3, art. 7 cpv. 1, art. 13a cpv. 2 e 3, art. 19 cpv. 2, art. 20 cpv. 2 lit. a, art. 21 cpv. 1, art. 26 cpv. 1, art. 27 cpv. 3 LMSI (RS 120)

Table des matières

1.	<i>Contexte</i>	2
2.	<i>Questions</i>	4
3.	<i>Pouvoir du législateur fédéral et du Conseil fédéral en matière d'organisation</i>	5
4.	<i>Compétence du Conseil fédéral en matière de modification de règles d'organisation contenues dans les lois fédérales</i>	6
5.	<i>Bien-fondé de l'adaptation par voie d'ordonnance du Conseil fédéral de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure</i>	0
6.	<i>Coordination entre la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure et la loi fédérale sur le renseignement civil lors de l'entrée en vigueur de cette dernière</i>	14
7.	<i>Réponses</i>	15

1. Contexte

L'Assemblée fédérale a adopté le projet de loi fédérale sur le renseignement civil (LFRC) le 3 octobre 2008.¹ Le délai référendaire a expiré le 22 janvier 2009 sans qu'aucune demande de référendum n'ait été déposée. En vertu de l'art. 10, al. 2, LFRC, il appartient au Conseil fédéral de fixer sa date d'entrée en vigueur, ce qu'il n'a pas encore fait à ce jour.

Dans le cadre de l'exercice de son mandat de surveillance, la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales (DélCdG) avait constaté des lacunes persistantes dans la collaboration entre les deux services de renseignement civils de la Confédération. Selon elle, cette situation s'expliquait notamment par le fait que le Service de renseignement stratégique (SRS) était directement subordonné au chef du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), tandis que, étant rattaché à l'Office fédéral de la police (OFP), le Service d'analyse et de prévention (SAP) dépendait du Département fédéral de justice et police (DFJP). La DélCdG a par conséquent chargé son président de déposer une initiative parlementaire visant à créer les bases légales nécessaires à la mise en place d'une nouvelle réglementation des rapports de subordination.² Les Commissions de gestion des deux Chambres ont donné suite à cette initiative et ont chargé la DélCdG d'élaborer un projet de loi. Le rapport et le projet de loi de la délégation ont été adoptés par la Commission de gestion du Conseil des Etats.³ S'appuyant sur ces travaux préparatoires, les Chambres fédérales ont adopté le projet de LFRC.

La LFRC subordonne le renseignement civil à un même département. Cela implique, d'une part, la création d'une base légale spéciale pour la recherche de renseignements à l'étranger à des fins civiles, tâche jusque-là assumée par le SRS en vertu de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire. D'autre part, la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI, RS 120) a dû être modifiée de telle sorte que le SAP puisse effectuer les tâches de renseignement prévues par cette loi sans être partie intégrante du DFJP. Les dispositions correspondantes sont rédigées de manière à ce que le Conseil fédéral soit tenu de réunir les services concernés au sein d'un même département tout en lui laissant une compétence en matière d'organisation la plus large possible. Dans les dispositions modifiées de la LMSI il n'est donc plus question d'office fédéral, mais de « service fédéral compétent » que le Conseil fédéral doit subordonner à un même département par voie d'ordonnance.⁴

¹ Publié dans la FF 2008 7489

² Initiative parlementaire du député au Conseil des Etats Hans Hofmann « Transfert des tâches des services de renseignement civils à un département » du 13 mars 2007 (iv. pa. 07.404)

³ Initiative parlementaire Transfert des tâches des services de renseignement civils à un département, rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 29 février 2008, FF 2008 3609

⁴ Voir à ce sujet le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (note de bas de page 3), 3617 et s. où cette dernière précise que les modifications ont pour but de « charger le Conseil fédéral de fixer la compétence exécutive correspondante, sans que l'unité d'organisation concernée soit mentionnée dans la loi. De la sorte, l'organisation et la compétence des services respectifs pourront être déterminées par voie d'ordonnance. Cette solution permettra le cas échéant de dégager le SAP – qui accomplit aujourd'hui les missions de renseignement visées aux art. 2, 4, 5 et ss. LMSI et qui sont assignées par la loi à l'OFP en tant qu'office fédéral – de la tutelle de l'OFP sans devoir modifier la loi, puis de le subordonner à un autre département que le Département fédéral de justice et police (DFJP). »

Le 12 décembre 2008, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignement du Service d'analyse et de prévention au DDPS.⁵ Cette ordonnance, qui s'appuie sur l'art. 8, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), porte modification de plusieurs lois. Ainsi, parmi d'autres changements, les termes « Office fédéral de la police » et « office fédéral » ont été remplacés par « SAP » dans divers articles de la LMSI. Huit articles de la LMSI ont été modifiés de manière à permettre le transfert des unités de renseignement du Service d'analyse et de prévention au DDPS. L'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. La version de la LMSI en vigueur est donc celle qui a été modifiée par l'ordonnance du Conseil fédéral.

Dans la proposition commune relative à l'élaboration de l'ordonnance sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignement du Service d'analyse et de prévention au DDPS qu'ils ont adressée au Conseil fédéral le 18 novembre 2008, le DFJP et le DDPS ont indiqué que le projet allait dans le sens de la LFRC, qu'en subordonnant le SAP au DDPS, le Conseil fédéral anticipait sur les dispositions en matière d'organisation de la LFRC, raison pour laquelle le remplacement de termes dans l'annexe à la LFRC était caduc. Les départements ont également souligné que, s'appuyant sur l'art. 8, al. 1, LOGA, le Conseil fédéral allait devoir édicter, en même temps que l'arrêté d'entrée en vigueur de la LFRC, une ordonnance portant modification de diverses dispositions légales afin d'adapter les art. 5 et 7 de la LMSI, modifiés par la LFRC, au cadre organisationnel mis en place par l'ordonnance du 12 décembre 2008. La raison pour laquelle on a renoncé à différer le transfert au DDPS des unités de renseignement du SAP à une date ultérieure à l'entrée en vigueur de la LFRC – par exemple au 1^{er} février 2009 – ou à faire entrer la LFRC avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2009 afin de pouvoir édicter les ordonnances nécessaires en vertu de cette loi ne ressort pas de la proposition.

2. Questions

Le 25 juin 2009, la DélCdG m'a chargé de rendre un avis de droit sur les questions suivantes :

1. L'attribution des compétences dans la LMSI, telle celle que la LFRC dispose pour l'« office fédéral » et le « service fédéral compétent », constitue-t-elle une restriction de la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation expressément voulue par l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 8, al. 1, LOGA ?
2. La LFRC introduit à l'art. 5, al. 2, LMSI la nouvelle disposition en vertu de laquelle le Conseil fédéral est tenu de désigner par voie d'ordonnance les départements et les services fédéraux compétents qui remplissent les missions visées par la LMSI ainsi que l'office fédéral chargé de rendre les décisions qui se rapportent à celle-ci. Cette disposition constitue-t-elle une application de l'art. 8, al. 1, LOGA en vertu duquel l'Assemblée fédérale restreint expressément la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation ?

⁵ RO 2008 6261

3. En cas de réponse entièrement ou partiellement positive aux questions ci-dessus :
- a) Comment le Conseil fédéral aurait-il pu coordonner ses actes législatifs du 12 décembre 2008 avec les dispositions de la LFRC ?
 - b) Comment, après avoir arrêté l'ordonnance du 12 décembre 2008, le Conseil fédéral peut-il assurer la coordination avec la LFRC de manière à ce que les modifications apportées à la LMSI puissent entrer en vigueur dans la teneur adoptée par le Parlement ?

3. Pouvoir du législateur fédéral et du Conseil fédéral en matière d'organisation

L'art. 164, al. 1, de la Constitution (Cst.) dispose que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. En font notamment partie les dispositions fondamentales relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales (let. g). L'art. 178 Cst. fixe un certain nombre de principes relatifs à la direction et aux structures de l'administration fédérale. En vertu de l'al. 1 de cet article, le Conseil fédéral dirige l'administration fédérale, assure l'organisation rationnelle de celle-ci et veille à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées. L'al. 2 dispose que l'administration fédérale est divisée en départements et que chacun d'entre eux est dirigé par un membre du Conseil fédéral.

Il découle des deux dispositions constitutionnelles précitées que *le pouvoir en matière d'organisation est partagé entre le législateur fédéral et le Conseil fédéral*.⁶ Les grandes lignes de l'organisation des autorités fédérales doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le Conseil fédéral ne peut toutefois assurer l'organisation rationnelle de l'administration fédérale et veiller à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées (art. 178, al. 1, 2^e phrase, Cst.) que si le législateur lui accorde un pouvoir de réglementation suffisant. Il doit notamment avoir la possibilité d'adapter les structures de l'administration fédérale à de nouvelles conditions.

La Constitution ne permet pas de déterminer directement quelles règles de droit relatives à l'organisation de l'administration fédérale sont importantes au point de devoir être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La doctrine a développé des critères permettant de déterminer *l'importance d'une règle*.⁷ Ceux-ci portent notamment sur le nombre de solutions réglementaires alternatives, le cercle des destinataires, l'intensité avec laquelle elle touche ces derniers, son importance pour l'organisation du système politique, l'impact financier pour l'Etat et les particuliers, le fait qu'elle soit ou non controversée par la communauté de droit ou encore le droit en vigueur en tant qu'expression des valeurs en usage. Il convient en outre de tenir compte des exigences relatives à la flexibilité des réglementations et à l'aptitude de l'organe à régler l'organisation de l'administration fédérale, deux

⁶ Thomas Sägger, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1972, Stämpfli's Handkommentar, Berne 2007, art. 8 n° 6

⁷ A ce sujet, voir Jean-François Aubert, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich / Bâle / Genève 2003, art. 164, n°s 15 ss ; Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zurich 2007, art. 164, n°s 5 ss, avec renvois ; Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2^e édition, Zurich / Bâle / Genève 2006, ch. marg. 193 ss ; René Rhinow / Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e édition, Bâle 2009, ch. marg. 2720 ss ; Pierre Tschannen, St. Galler Kommentar zu Art. 164, ch. marg. 6 ss

points de vue qui, eu égard à ce qui précède, trouvent une base constitutionnelle dans l'art. 178, al. 1, 2^e phrase. L'appréciation de l'importance doit se fonder sur des évaluations qui dépendent de la matière à réglementer. En matière d'organisation, la priorité va à l'organisation du système politique, à l'impact financier, à la flexibilité et à l'aptitude de l'organe ; l'intensité avec laquelle le cercle des destinataires est touché par la réglementation n'est en revanche guère pertinente. Pour ces raisons, les exigences en matière de légalité sont d'une manière générale moins rigides dans le domaine de l'organisation que dans celui de l'administration restrictive.⁸

Telle qu'elle figure dans la Constitution, la notion d'importance ne décrit pas le contenu des lois fédérales de manière exhaustive. C'est donc dans le cadre de cette notion constitutionnelle peu précise que le législateur doit se déterminer sur les règles qu'il veut édicter lui-même et sur celles qu'il veut déléguer à l'autorité de réglementation. Le fait que le législateur soit chargé d'édicter toutes les réglementations importantes ne signifie pas, selon l'opinion qui prévaut, qu'il ne peut pas intégrer des règles de moindre importance dans la loi.⁹ Dans le domaine du droit régissant l'organisation, le Conseil fédéral ne peut donc pas se prévaloir d'une *compétence réglementaire fondée directement sur la Constitution* qui lui permettrait d'empêcher le législateur fédéral d'édicter des réglementations de peu d'importance ou qui ne se prêteraient pas à être reprises dans une loi.

4. Compétence du Conseil fédéral en matière de modification de règles d'organisation contenues dans les lois fédérales

En vertu de l'art. 43 LOGA, les offices sont les unités de l'administration fédérale qui sont chargées du traitement des dossiers (al. 1). Le Conseil fédéral fixe, par voie d'ordonnance, la subdivision de l'administration fédérale en offices. Dans la mesure du possible, il attribue à chaque office des domaines connexes et détermine les tâches qui lui incombent (al. 2). Il répartit les offices entre les départements en fonction des impératifs de gestion, de la connexité des tâches et de l'équilibre matériel et politique. Il peut revoir cette répartition en tout temps (al. 3). L'art. 8, al. 1, LOGA habilite le Conseil fédéral à établir une organisation rationnelle de l'administration fédérale et à la modifier lorsque les circonstances l'exigent. Il peut, pour ce faire, déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en matière d'organisation.

La LOGA délègue donc au *Conseil fédéral une part importante du pouvoir en matière d'organisation*. Il peut dans une large mesure fixer lui-même la subdivision de l'administration fédérale et la répartition des unités administratives entre les départements. L'ancienne loi du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration permettait uniquement au Conseil fédéral de répartir ces unités administratives entre les départements et, de plus, les décisions correspondantes étaient soumises à l'approbation de l'Assemblée fédérale.¹⁰ Dans sa version initiale, la LOGA n'habilitait pas le Conseil

⁸ Biaggini (note de bas de page 7), n° 7 ; Müller (note de bas de page 7), ch. marg. 215

⁹ Art. 22, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl ; RS 171.10) ; voir à ce sujet Müller (note de bas de page 7), ch. marg. 231 et s., avec renvois

¹⁰ Concernant la genèse de la disposition correspondante en vigueur, voir Sägesser (note de bas de page n° 6), art. 43, n°s 1 ss

fédéral à déroger à des dispositions légales en matière d'organisation. Cette disposition a été introduite à l'art. 8, al. 1, LOGA par la loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'adaptation de dispositions du droit fédéral en matière d'organisation¹¹. Avant l'entrée en vigueur de la révision de l'art. 8 LOGA, l'art. 64, al. 1, LOGA habilitait le Conseil fédéral, dans le cadre de sa compétence d'organisation au sens de l'art. 43 LOGA, uniquement à déroger à titre provisoire aux règles spéciales d'organisation que contiennent d'autres lois fédérales. En vertu de l'al. 2 de cette disposition, le Conseil fédéral était tenu de proposer à l'Assemblée fédérale, dans les quatre ans qui suivaient l'entrée en vigueur de la LOGA, les modifications des lois fédérales qui s'imposaient.

Dans le message du 5 juin 2001 sur l'adaptation de dispositions du droit fédéral en matière d'organisation¹², le Conseil fédéral justifiait la modification de l'art. 8 LOGA en invoquant que la réglementation alors en vigueur, selon laquelle le Conseil fédéral ne pouvait déroger, en vertu de sa compétence d'organisation, qu'à des règles spéciales d'organisation contenues dans des lois fédérales, avait donné lieu à des problèmes d'interprétation et soulevé la question de la portée de cette compétence. Selon le Conseil fédéral, la révision devait permettre d'éliminer ces difficultés *en supprimant la distinction entre les règles générales et les règles spéciales d'organisation contenues dans les lois fédérales*. Il soulignait également que l'art. 178, al. 1, de la nouvelle Constitution confirmait ce qui n'était précédemment fixé que dans la loi et faisait remarquer que l'objectif du législateur était d'habiliter le Conseil fédéral, par la LOGA, à établir une organisation rationnelle de l'administration fédérale et à la modifier lorsque les circonstances l'exigent. Le Conseil fédéral relevait aussi que la dérogation à *titre temporaire* aux règles d'organisation contenues dans des lois fédérales – prévue jusque-là à l'art. 64 de la LOGA – *n'était guère compatible avec le droit constitutionnel en vigueur et avec les intentions du législateur* et que ni la Constitution, ni la loi ne lui interdisaient de déroger à des lois fédérales en vertu de son autorité en matière d'organisation, raison pour laquelle, fixer un délai n'était qu'imparfaitement compatible avec la conception adoptée à l'époque et avec le droit constitutionnel en vigueur. Le message relevait en outre que l'autorisation donnée au gouvernement de déroger aux règles d'organisation contenues dans les lois fédérales se limitait selon le droit en vigueur à fixer la subdivision de l'administration fédérale en offices, raison pour laquelle dans la pratique, la procédure ordinaire devrait être suivie pour des modifications ne posant pas de problème et qui n'affectent pas les droits et les obligations des citoyens, comme la fusion de deux commissions administratives. Pour éviter de telles situations, le Conseil fédéral proposait, par la révision de la LOGA, d'habiliter le Conseil fédéral à déroger à toutes les règles d'organisation contenues dans des lois fédérales, non seulement lorsqu'il s'agit de la répartition des offices, mais chaque fois qu'il est question de l'organisation rationnelle de l'administration fédérale.

La révision de l'art. 8, al. 1, LOGA a *étendu le pouvoir du Conseil fédéral en matière d'organisation* en l'habilitant à modifier toutes les dispositions régissant l'organisation de l'administration fédérale. Le délai de quatre ans dans lequel le Conseil fédéral était tenu de soumettre à l'Assemblée fédérale toute modification de loi fédérale a aussi été abrogé.

¹¹ RO 2003 187

¹² FF 2001 3661 s.

L'habilitation constitue une *délégation législative*. Elle présente une particularité dans la mesure où le Conseil fédéral est non seulement habilité à concrétiser et à compléter des lois fédérales, mais encore à les modifier. Cela déroge au principe du parallélisme des formes en vertu duquel une règle de droit ne peut être modifiée que par l'autorité qui l'a édictée et en utilisant la même procédure. Le Tribunal fédéral a admis de telles dérogations et considéré que l'on ne pouvait empêcher le législateur de déléguer à l'autorité de réglementation la compétence de modifier ou d'abroger une règle d'une loi formelle¹³, à condition toutefois qu'il existe une norme de délégation répondant aux exigences de la Constitution. L'art. 164, al. 2, Cst. permet de déléguer la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue. L'art. 164, al. 1, Cst., qui dispose que toutes *les dispositions importantes qui fixent des règles de loi doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale*, constitue notamment une interdiction de délégation.¹⁴ Une interprétation conforme à la Constitution de la réserve formulée à l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA, en vertu de laquelle le Conseil fédéral n'est pas habilité à déroger à des dispositions légales en matière d'organisation lorsque l'Assemblée fédérale a expressément restreint sa compétence en matière d'organisation, permet d'affirmer que le Conseil fédéral peut déroger à des dispositions légales en matière d'organisation lorsqu'elles ne sont pas importantes, mais pas lorsqu'elles sont importantes. Cette interprétation est confirmée par les explications du message relatives à l'adaptation de dispositions en matière d'organisation.¹⁵ Dans le message, le Conseil fédéral expliquait que, selon le droit constitutionnel, les adaptations qu'il décide doivent se faire par la voie de la procédure législative ordinaire lorsqu'il s'agit de dispositions fondamentales au sens de l'art. 164, al. 1, Cst., qu'une dérogation aux dispositions organisationnelles de lois fédérales est en outre exclue lorsque l'Assemblée fédérale restreint expressément la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation et qu'une telle restriction peut découler de la loi elle-même ou des documents ayant trait à la loi, la volonté de l'Assemblée fédérale étant déterminante en l'occurrence, non la forme donnée à la décision d'exclure des dérogations.

La compétence du Conseil fédéral en matière de modification de règles d'organisation contenues dans les lois fédérales dépend donc principalement du caractère important (fondamental) ou non de la disposition au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Lorsque le législateur fédéral fixe expressément l'organisation de l'administration fédérale d'une façon précise, il s'agit d'une *règle importante à laquelle le Conseil fédéral ne peut déroger*. Plus l'organisation de l'exécution ou la tâche à remplir est réglée de manière concrète et approfondie dans une loi, plus il y a lieu de présumer qu'il s'agit d'une restriction expresse de la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation au sens de l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA.¹⁶ En revanche, lorsqu'une loi règle un point d'organisation de manière accessoire, par exemple en déclarant compétent pour l'exécution d'une tâche un office existant au moment de l'édiction de la loi, constatant ainsi un simple état de fait, sans raison particulière, il est possible de conclure qu'il s'agit d'une disposition d'organisation de moindre importance à laquelle le Conseil

¹³ ATF 112 Ia 136, 139

¹⁴ *Aubert* (note de bas de page 7), art. 164, n° 41 ; *Biaggini* (note de bas de page 7), art. 164, n° 12 ; *Rhinow / Schefer* (note de bas de page 7), ch. marg. 2733 ; *Tschannen* (note de bas de page 7), art. 164, ch. marg. 37 ; voir également *Georg Müller*, *Rechtssetzung und Staatsverträge*, in : Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, ch. marg. 36, avec renvois

¹⁵ Loc. cit. (note de bas de page 12), 3664

¹⁶ *Sägesser* (note de bas de page 6), art. 8 n° 28

fédéral peut déroger par voie d'ordonnance. Cela étant, il est souvent difficile de répondre à la question de savoir si une disposition légale en matière d'organisation est importante ou non. Ainsi, lorsque le législateur veut donner au Conseil fédéral la compétence d'établir une organisation rationnelle de l'administration fédérale et de la modifier lorsque les circonstances l'exigent (art. 8, al. 1, 1^{re} phrase, LOGA), il est préférable qu'il utilise les termes « départements compétents », « offices fédéraux compétents » ou « services compétents » lors de la rédaction de lois fédérales.

5. Bien-fondé de l'adaptation par voie d'ordonnance du Conseil fédéral de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure

Le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance du 12 décembre 2008 sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignements du Service d'analyse et de prévention au DDPS en se fondant sur l'art. 8, al. 1, LOGA. Par cette ordonnance, il a notamment modifié de nombreuses dispositions contenues dans la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120). Il s'agit d'examiner si le Conseil fédéral a respecté les limites de l'autorisation au sens de l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA ou s'il a modifié d'importantes dispositions d'organisation de la LMSI que l'Assemblée fédérale a édictées afin de restreindre sa compétence en matière d'organisation.

La LFRC a principalement pour but de *subordonner les services de renseignement civils au même département*. Avant le 1^{er} janvier 2009, le SRS était rattaché au DDPS et le SAP au DFJP. Les champs d'activité du SRS et du SAP se chevauchent aussi bien en ce qui concerne la nature des missions qui leur sont confiées que la définition légale de leurs domaines de compétences respectifs. Une bonne collaboration entre ces deux services est une condition *sine qua non* de leur efficacité. Dans le cadre de sa haute surveillance sur les services de renseignement et la protection de l'Etat, la DélCdG avait depuis longtemps attiré l'attention du Conseil fédéral, de même que celle des départements concernés, sur les lacunes dans la collaboration entre les deux services. La délégation a exigé à répétition reprises que lesdits services soient subordonnés à un seul et unique département et placés le plus rapidement possible sous une direction commune. Le Conseil fédéral avait certes pris des mesures visant à améliorer cette collaboration, mais celles-ci n'éliminaient pas les carences critiquées par la DélCdG. C'est à l'unanimité que la DélCdG avait donc décidé de proposer le transfert par voie législative des tâches des deux services de renseignement civils à un seul département et chargé son président de déposer une initiative parlementaire dans ce sens.¹⁷ La DélCdG a rédigé un projet de loi à l'attention de la Commission de gestion du Conseil des Etats qui, par son rapport du 29 février 2008, a proposé à son conseil de l'adopter. Le 23 avril 2008, le Conseil fédéral a rendu son avis sur le rapport de la Commission de gestion dans lequel il approuvait l'intention principale du projet de loi.¹⁸ Le Conseil des Etats s'est penché sur le projet de loi le 11 juin 2008, le Conseil national le 23 septembre 2008. Le projet a été adopté au vote final le 3 octobre 2008.

¹⁷ Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (note de bas de page 3), 3611 s.

¹⁸ FF 2008 3629 ss

Il ressort clairement des documents portant sur les travaux préparatoires relatifs à la LFRC que *l'Assemblée fédérale voulait restreindre la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation* en l'obligeant à subordonner au même département les organes qui accomplissent des missions relevant du renseignement civil. Elle l'a en outre chargé de régler l'échange d'informations entre ces services. Les services ne devaient pas avoir la compétence d'exercer la puissance publique, en particulier en ce qui concerne les décisions se rapportant à la LMSI qui ne devaient relever que du seul l'Office fédéral de la police (Fedpol). Cela ressort clairement de l'art. 5, al. 2, 2^e phrase, LMSI (teneur selon l'art. 9 LFRC) en vertu duquel le Conseil fédéral est tenu de désigner l'office fédéral habilité à rendre les décisions qui se rapportent à cette loi. C'est à dessein que, dans plusieurs dispositions, le législateur a utilisé le terme d'« office fédéral » en l'opposant à celui de « service compétent » employé pour désigner les services de renseignement civils.¹⁹ Pour le reste, le droit en vigueur n'a pas été modifié sur le fond. Au contraire, le législateur a respecté le pouvoir en matière d'organisation du Conseil fédéral en lui laissant décider du département auquel les deux services allaient être subordonnés et de leur fusion éventuelle.²⁰

Eu égard à ce qui précède, il ne fait aucun doute que les dispositions de la LFRC sont des *règles d'organisation importantes* au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. que le Conseil fédéral n'est pas habilité à modifier au moyen d'une ordonnance édictée en vertu de l'art. 8, al. 1, LOGA. Fondamentalement, cela est également vrai pour les modifications de la LMSI entreprises en vertu de l'art. 9 LFRC et de son annexe. La LFRC n'est certes pas encore entrée en vigueur. Je suis toutefois d'avis que cela ne change rien au fait que le Conseil fédéral n'est pas habilité à modifier les règles d'organisation de la LMSI. En vertu de l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA, le Conseil fédéral peut déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en la matière. Outre une loi fédérale ou une ordonnance de l'Assemblée fédérale, une telle restriction peut également découler des documents ayant trait aux travaux préparatoires de tels textes qui contiennent des explications relatives à l'organisation des unités administratives concernées. C'est en effet la *volonté du législateur* qui est déterminante, non la forme donnée à la décision d'exclure des dérogations.²¹

Le cas d'espèce présente une particularité dans le sens où le *contenu des modifications* de la LMSI entreprises par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance *concorde en grande partie avec la LFRC*. Cela concerne en particulier les dispositions dans lesquelles la LFRC remplace le terme « office fédéral » par l'expression « service fédéral compétent » alors que l'ordonnance utilise respectivement les désignations « Fedpol » et « SAP ». Les modifications de l'art. 5, al. 2 et 3, et de l'art. 7, al. 1, constituent une contradiction plus formelle que matérielle entre la LFRC qui utilise le terme « dépar-

¹⁹ Voir ci-après, p. 13 s

²⁰ Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (note de bas de page 3), 3613 ss ; BO E 2008 504 ss ; BO N 2008 1242 ss ; procès-verbaux de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 25 mai 2007, pp. 6 et 10, et du 5 mai 2008, pp. 5 ss ; procès-verbaux de la Délégation des Commissions de gestion du 9 juillet 2007, pp. 5 ss, du 13 septembre 2007, pp. 5 ss, du 17 octobre 2007, pp. 3 ss, du 8 novembre 2007, pp. 6 ss et du 10 novembre 2008, pp. 3 s. ; au sujet de la compétence de rendre des décisions, voir notamment l'avis du secrétariat de la Délégation des Commissions de gestion du 27 octobre 2008, p. 2, rendu à la demande du secrétariat de la Commission de rédaction sur le transfert des unités de renseignement du SAP au DDPS

²¹ *Sägesser* (note de bas de page 6), n° 27 ; Message sur l'adaptation de dispositions du droit fédéral en matière d'organisation (note de bas de page 12), 3664

tement (compétent) » et l'ordonnance du Conseil fédéral qui attribue la compétence directement au DDPS. La volonté du législateur était de laisser au Conseil fédéral le soin de décider lui-même à quel département il voulait subordonner les deux services de renseignement civils, ce qu'il aurait pu faire au moyen d'une ordonnance d'exécution de la LFRC ou en adaptant les ordonnances d'organisation des départements. Le Conseil fédéral a toutefois choisi une autre voie et, se fondant sur l'art. 8, al. 1, LOGA, a modifié les dispositions correspondantes de la LMSI, ce qui a pour conséquence qu'il devra de nouveau faire appel à sa compétence en matière de modification de dispositions légales d'organisation lorsque la LFRC entrera en vigueur et, plus tard, si la solution choisie en matière de subordination des services de renseignement civils devait s'avérer inadéquate ou devait être adaptée pour d'autres raisons. Du point de vue légistique, la procédure prévue par la LFRC est clairement meilleure que la voie empruntée par le Conseil fédéral. On peut certes se demander si la *contradiction formelle* entre les dispositions de la LMSI modifiées par la LFRC et celles modifiées par l'ordonnance du Conseil fédéral entraîne la nullité des modifications entreprises par le Conseil fédéral étant donné qu'elles n'entrent pas dans le champ de la délégation législative visée à l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA.²² Pour ma part, je pense que cette question peut rester en suspens, car comme on le verra ci-après, certaines dispositions de l'ordonnance du Conseil fédéral sont également en contradiction de fond avec la LFRC et qu'il faut de toute manière trouver une solution pour régler ce conflit.

Les *différends sur le fond* concernent les art. 13a, al. 2 et 3, 19, al. 2, 20, al. 2, let. a, 21, al. 1, 26, al. 1 et 27, al. 3, LMSI. Dans la teneur selon l'art. 9 LFRC, le législateur a expressément utilisé le terme « office fédéral » (et « tâches de la Confédération » à l'art. 19, al. 2) dans les dispositions en question. Dans la teneur selon l'ordonnance du Conseil fédéral, ce terme a été remplacé par le sigle « SAP » (et par « tâches du SAP » à l'art. 19, al. 2). Il ressort de l'art. 5, al. 2, 2^e phrase, LMSI dans la teneur selon la LFRC et des documents sur les travaux préparatoires que, pour des raisons bien précises, le législateur a voulu distinguer l'office fédéral des services de la Confédération qui sont chargés du renseignement civil. Ainsi, à l'art. 13a LMSI il a utilisé le terme « office fédéral » parce qu'il ne voulait pas habiliter le SAP à exercer la puissance publique, en particulier à rendre des décisions en matière de saisie de matériel de propagande. Il voulait que cette compétence soit exercée par l'office fédéral. Pour ce qui est des art. 19, 20 et 21 LMSI, il s'agit principalement du fait que le législateur a voulu que les cantons et le service spécialisé désigné par le Conseil fédéral recueillent les informations dont ils ont besoin pour effectuer les contrôles de sécurité relatifs aux personnes par l'entremise de l'office fédéral et pas du service de renseignement civil. La LFRC confie donc cette tâche aux organes de police et non à ceux chargés du renseignement. L'art. 26, al. 1, LMSI dans sa teneur selon l'art. 9 LFRC s'en tient aux termes « office fédéral » et « département », car la surveillance et la haute surveillance de l'office fédéral (Fedpol) respectivement par le Conseil fédéral et par l'Assemblée fédérale doivent, comme jusqu'ici, être exercées conformément à cette disposition ; les mêmes prescriptions s'appliquent aux services civils qui remplissent des tâches de renseignement en raison du renvoi de

²² A ce sujet, voir les explications de *Thomas Säggerer*, *Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2008*, in : *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2008, Berne 2009, pp. 359 ss, sur le transfert des unités de renseignements du SAP au DDPS. Bien qu'il ne se prononce pas expressément sur la question, Säggerer ne dit pas non plus que l'ordonnance sur l'adaptation des dispositions légales est contraire à la loi.

l'art. 8 LFRC.²³ Les modifications apportées par l'ordonnance du Conseil fédéral aux six règles susmentionnées sont donc en contradiction avec la LFRC ce qui entraîne leur nullité.

6. Coordination entre la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure et la loi fédérale sur le renseignement civil lors de l'entrée en vigueur de cette dernière

Les contradictions entre la LMSI dans sa teneur selon l'ordonnance du Conseil fédéral et la LMSI dans sa teneur selon la LFRC devront être éliminées lors de l'entrée en vigueur de cette dernière. Il y a plusieurs solutions possibles :

- Théoriquement, *la LFRC pourrait être révisée* de manière à la faire correspondre à la LMSI dans sa teneur selon l'ordonnance du Conseil fédéral. Toutefois, en raison des différends sur le fond, cette voie n'est probablement guère praticable, car le législateur ne sera sans doute pas disposé à modifier les dispositions relatives à la répartition des tâches entre office fédéral et services de renseignements civils et celles relatives à la surveillance exercée sur l'office fédéral. Les différends sur la forme pourraient certes être supprimés, mais les efforts consacrés à la procédure législative seraient disproportionnés.
- Le Conseil fédéral a manifestement prévu de s'appuyer sur l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA pour modifier les dispositions de la LMSI dans sa teneur selon la LFRC lors de l'entrée en vigueur de celle-ci afin de les faire correspondre à celles de la LMSI dans sa teneur selon l'ordonnance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008. Cette manière de faire n'est admissible que pour les *différends sur la forme*. Les différends entre les deux versions de la LMSI relatifs aux art. 13a, 19, 20, 21, 26 et 27 ne peuvent être supprimés que si le Conseil fédéral *abroge* les modifications qu'il a apportées à ces dispositions avec son ordonnance du 12 décembre 2008.
- La solution la plus simple et qui tiendrait le mieux compte de la Cst. et de la LOGA serait que le Conseil fédéral modifie l'ordonnance du 12 décembre 2008 *en abrogeant toutes les modifications qu'elle apporte à la LMSI avec effet au jour de l'entrée en vigueur de la LFRC* et en réglant la subordination au DDPS des services de la Confédération qui sont chargés du renseignement civil dans l'ordonnance qui s'impose.²⁴

²³ Le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (note de bas de page 3), 3617, justifie ce renvoi par le besoin d'harmoniser la surveillance et le contrôle des services de renseignement civils. En revanche, il précise que les dispositions sur les informations relatives aux actes de violence commis lors de manifestations sportives ne sont pas concernées par ces changements et demeurent du ressort de l'office fédéral et la surveillance exercée sur les activités correspondantes de l'office fédéral demeure régie par l'art. 26, al. 1, LMSI.

²⁴ Voir les délégations d'activité normative aux art. 3, al 4, 4, al. 2, 5, al. 2, 2^e phrase, et al. 4 et à l'art. 7 LFRC

7. Réponses

- 7.1. L'attribution des compétences dans la LMSI, telle celle que la LFRC dispose pour l'« office fédéral » et le « service fédéral compétent », constitue bien une restriction de la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation expressément voulue par l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 8, al. 1, LOGA. Là où, par son ordonnance du 12 décembre 2008, le Conseil fédéral a modifié les dispositions de la LMSI en remplaçant le terme « service fédéral compétent » par le sigle « SAP » (et celui de « département (compétent) » par « DDPS »), la contradiction entre les deux versions de la LMSI n'est que formelle. La question de savoir si une telle contradiction entraîne la nullité des dispositions correspondantes de l'ordonnance du Conseil fédéral peut rester en suspens étant donné qu'il faut de toute manière éliminer des contradictions de fond.
- 7.2. Il y a contradiction de fond avec les modifications introduites par l'ordonnance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008 dans la mesure où, dans sa teneur selon la LFRC, la LMSI continue d'utiliser le terme « office fédéral » dans le but exprès d'empêcher les services de renseignement civils d'accomplir certaines tâches. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de l'art. 26, al. 1, LMSI relatives à la surveillance exercée sur l'office fédéral. Il s'agit de cas dans lesquels le Conseil fédéral a transgressé les compétences en matière de modification de règles d'organisation contenues dans les lois fédérales qui lui sont conférées par l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA. Les modifications apportées aux art. 13a, 19, 20, 21, 26 et 27, al. 3, LMSI sont donc nulles.
- 7.3. Le Conseil fédéral aurait pu faire entrer la LFRC en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2009 ou, à la rigueur, à une date ultérieure à l'échéance du délai référendaire (soit après le 22 janvier, par exemple au 1^{er} février 2009) et subordonner au DDPS les services de la Confédération qui sont chargés du renseignement civil en édictant une ordonnance conformément à l'art. 2 LFRC.

La meilleure solution pour coordonner la LMSI et la LFRC lors de l'entrée en vigueur de cette dernière serait que le Conseil fédéral abroge avec effet à cette même date les modifications qu'il a effectuées dans la LMSI par son ordonnance du 12 décembre 2008 et subordonne au DDPS les services fédéraux du renseignement civil dans l'ordonnance d'application de la LFRC.