



P.P. CH-3003 Berne, OFJ

Commission de l'économie et des redevances
du Conseil des Etats CER-E
Palais du Parlement
3003 Berne

N° référence: COO.2180.109.7.251752 / 665.1/2017/00034

Votre référence :

Notre référence : bj-od

Berne, le 31 mai 2018

Loi fédérale relative à la réforme fiscale et au financement de l'AVS (selon décision de la CER-E du 24 mai 2018)

Unité de la matière

Mesdames, Messieurs,

Comme convenu avec la secrétaire de votre commission, nous vous transmettons par la présente notre prise de position concernant la question de savoir si le projet mentionné en exergue est conforme au principe de l'unité de la matière.

I. Situation de départ

Par décision du 24 mai 2018, la CER-E a complété le projet du Conseil fédéral sur le Projet fiscal 17¹ par les éléments suivants :

- Déduction pour autofinancement des entreprises dans la mesure où le droit cantonal le prévoit (art. 25a^{bis} LHID²);
- Limitation du remboursement non-imposable du capital (art. 20, al. 3-8 LIFD³, art. 4a, al. 4 et 5 ainsi que l'art. 5, al. 1^{bis} - 1^{quinquies} LIA⁴ et 7b LHID);
- Augmentation des taux de cotisations AVS (art. 2, al. 4 et 5, art. 5, al. 1, 6, 8, art. 10, al. 1 et 13 LAVS⁵);

¹ FF 2018 2595 (Message du 21.03.2018 in FF 2018 2565).

² Loi fédérale du 14.12.1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14).

³ Loi fédérale du 14.12.1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11).

⁴ Loi fédérale du 13.10.1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21).

⁵ Loi fédérale du 20.12.1946 sur l'assurance vieillesse et survivants (RS 831.10).

- Augmentation de la contribution fédérale à l'AVS (art. 103, al. 1^{bis} et 1^{er} LAVS) et affectation du total du point supplémentaire de la TVA (pour-cent démographique) à l'AVS (art. 2, al. 1 de la Loi fédérale sur le relèvement des taux de la TVA en faveur de l'AVS⁶).

Les compléments liés au financement de l'AVS remplacent l'augmentation proposée par le Conseil fédéral des allocations pour enfant au sens de la Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales⁷. Le projet ainsi complété porte le titre de "Loi fédérale sur la réforme fiscale et le financement de l'AVS".

Par email du 25 mai 2018/15:02, la CER-E a demandé à l'Office fédéral de la justice de prendre brièvement position sur la question de savoir si le principe de "l'unité de la matière" vaut de manière générale pour les lois fédérales et comment s'apprécie, dans cette perspective, le concept décidé par la CER-E en relation avec le projet de réforme fiscale et de financement de l'AVS. Le délai a été fixé au 31 mai 2018/12h.

Le délai imparti ne permet pas d'examiner la problématique de manière approfondie. Aussi nous limiterons-nous dans la présente prise de position à indiquer ce que dit la doctrine et la pratique en relation avec l'unité de la matière et à fournir une courte appréciation du projet tel que complété par les décisions de la CER-E.

II. Doctrine

La Cst. n'exige le respect du principe de l'unité de la matière de manière explicite qu'en relation avec les révisions partielles de la Constitution (art. 194, al. 2 Cst.). A notre connaissance, la doctrine retient cependant de manière unanime que ce principe découle également de l'art. 34, al. 2 Cst. ("La garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté.")⁸.

PIERRE TSCHANNEN définit la portée du principe comme suit⁹ :

"Jedes Abstimmungsgeschäft – gleich ob Initiative oder Behördenvorlage – muss von Bundesrechts wegen die Einheit der Materie wahren. (...) Die Einheit der Materie äussert sich als Kopplungsverbot. Die Stimmberechtigten sollen nicht genötigt werden, mit nur einem Wort [JA/NEIN] über Dinge zu befinden, die keinen ausreichenden Sachzusammenhang aufweisen. Das Kriterium des *sachlichen Zusammenhangs* birgt freilich einigen Interpretationsspielraum. Der Begriff lasse sich ‚nur schwer in genereller Weise festlegen‘, meint das Bundesgericht; es komme auf die ‚wertende Gewichtung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls‘ an; nicht zuletzt mit Rücksicht auf das Initiativrecht lege die Praxis einen ‚milden Massstab‘ an. So wird man sich an die bekannten Faustregeln halten müssen: Liegen die Elemente einer Vorlage innerhalb eines thematischen Rahmens, verfolgen sie ein einheitliches Ziel oder stehen sie in einer plausiblen Zweck-Mittel-Relation, gilt die Einheit der Materie als *gewahrt*; alsdann besteht kein Anspruch darauf, dass einzelne Teile einer Vorlage gesondert zur Abstimmung gebracht werden. Umgekehrt wird die Einheit der Materie *verletzt*, wenn der Zusammenhang unter den Regelungselementen einer Vorlage künstlich erscheint oder gar rein abstimmungstaktisch motiviert ist. Mit ein und derselben Vorlage dürfen daher nicht mehrere politische Ziele verfolgt werden,

⁶ A présent : Arrêté fédéral du 20.03.1998 sur le relèvement des taux de la taxe sur la valeur ajoutée en faveur de l'AVS/AI (RS 641.203).

⁷ RS 836.2.

⁸ Cf. par ex. GIOVANNI BIAGGINI, Komm. BV, 2^e éd., 2017, Art. 34 N 22 (avec de nombreuses références à la jurisprudence fédérale); GEROLD STEINMANN, SG-Komm. BV, Art. 34 N 23 et les réf. citées; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel, Vol. I, 3^e éd, 2014, N 151 et les réf. citées; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 3^e éd, 2013, N 913.

⁹ BS-Komm. BV, Art. 34, N 41 ss.

die in der politischen Debatte als selbstständige Postulate wahrgenommen werden. Genauso verpönt ist es, dem Stimmbürger veritable Parteiprogramme zuzumuten.“

Pour ce qui concerne plus particulièrement les actes modificateurs uniques («Mantel-lasse»), plusieurs voix de la doctrine se sont exprimées de manière critique sur certains projets concrets. Ainsi, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER¹⁰ ont fait valoir que le projet visant à la réforme de la justice¹¹ ainsi que celui visant à une réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre Confédération et cantons (RPT)¹² auraient violé le principe de l'unité de la matière. GEORG MÜLLER arrive aux mêmes conclusions¹³ s'agissant de la Loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'optimisation de la gestion des données du personnel de la Confédération et des placements de la PUBLICA¹⁴. ANDREAS AUER¹⁵ retient également que le projet de réforme Prévoyance vieillesse 2020¹⁶ violerait l'unité de la matière.

Il faut toutefois aussi relever d'autres avis de la doctrine, qui relèvent à notre avis à juste titre que le principe de l'unité de la matière ne doit pas être appliqué de manière aussi stricte à un projet de loi qu'à une révision partielle de la Constitution.¹⁷

On doit effectivement tenir compte du fait que la situation de départ se présente de manière différente lorsqu'un comité d'initiative souhaite soumettre au vote une question tout à fait spécifique, au moyen d'un projet de nouvel article constitutionnel, ou lorsque le législateur doit régler un domaine plus large en ayant égard à tous les intérêts entrant en considération. Par une initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution, un petit groupe peut spontanément et sans débats étendus préparer un texte et lancer une initiative.¹⁸ Si celle-ci a passé l'examen préliminaire et si les signatures requises ont été récoltées, le texte sera soumis au vote de manière inchangée. L'initiative doit toutefois se limiter à un objet défini de manière précise. Si, au contraire, la révision constitutionnelle envisagée a une portée plus large, la procédure à suivre est celle de la révision totale, qui n'est pas soumise aux limites de l'unité de la matière.¹⁹ Lors d'une révision totale, le texte entier peut être remis en question et la procédure est de ce fait significativement plus complexe. Les deux conseils du Parlement fédéral délibèrent et élaborent le texte de la Constitution avant que celui-ci soit soumise au vote du peuple et des cantons. La limitation stricte de l'objet, d'une part, et la

¹⁰ op. cit. (N. 8), N 783.

¹¹ Arrêté fédéral du 08.10.1999 sur la réforme de la justice, adopté en votation populaire le 12.03.2000.

¹² Arrêté fédéral du 03.10.2003 sur la réforme de la péréquation et la répartition des tâches (RPT); adopté en votation populaire le 28.11.2004.

¹³ Mantelgesetze und Einheit der Materie, in LeGes 2013/2 507 ss.

¹⁴ FF 2011 4565

¹⁵ Cf. sur le blog <https://napoleonsnightmare.ch/2017/09/15/die-reform-der-altersvorsorge-2020-und-der-grundsatz-der-einheit-der-materie/>

¹⁶ Loi fédérale du 17.03.2017 sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 (projet soumis au référendum in FF 2017 2217), rejetée en votation populaire le 24.09.2017.

¹⁷ Cf. par ex. YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2000, N 2485; PATRICIA EGLI, Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen, ZBl 2006, p. 401, et les références à la jurisprudence du Tribunal fédéral. ROBERT HURST, Der Grundsatz der Einheit der Materie, Zürich 2002, p. 130 ff., p. 175, réduit même la portée du principe de l'unité de la matière à une simple "maxime politique" en relation avec les lois fédérales.

¹⁸ DANIEL THÜRER, Demokratie und Völkerrecht – eine schweizerische Perspektive zu einer komplexen Beziehung, in Marten Breuer et al. (éds.), Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 918.

¹⁹ Sur le principe de l'unité de la matière comme critère de distinction entre révision partielle et totale, cf. par ex. HURST, op. cit. (N. 17), p. 24 ss.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016, N 448, 2071.

conception différente des procédures, qui permettent de respecter un processus de traitement démocratique, d'autre part, ont donc d'une certaine manière un caractère complémentaire.

La procédure législative se distingue également de manière essentielle de la procédure simple applicable aux initiatives tendant à la révision partielle de la Constitution et se situe structurellement plus près de la procédure applicable à une révision totale. Le fait de développer des solutions viables et de négocier des compromis politiquement acceptables relève de la fonction première d'un législateur constitué de manière représentative et démocratiquement légitime. La procédure législative est aménagée de manière correspondante: elle se distingue par une convergence progressive, en plusieurs étapes, du texte de loi final et est conçue de manière à rendre possible de tels processus de négociations et à garantir une légitimation démocratique aussi élevée que possible de leurs résultats, par une large prise en considération des personnes concernées - comme dans la procédure de consultation²⁰ - et par des délibérations étendues - mots clés: examen en commission, système bicaméral.²¹ Le législateur ne peut cependant remplir sa fonction que lorsqu'il dispose d'une liberté d'action suffisamment large. Pour examiner si un projet de loi respecte l'unité de la matière, on ne peut dès lors se placer exclusivement du point de vue des électeurs ("libre expression de leur volonté"), mais on doit aussi accepter que le législateur dispose d'une large marge d'appréciation pour rechercher des compromis politiques.²² Le rattachement de propositions qui n'ont aucun rapport entre elles reste toutefois inadmissible.

Il est intéressant de relever par ailleurs que le thème de l'unité de la matière (compris comme l'interdiction de joindre des projets de lois) est aussi mis en lumière par l'économie politique. Dans une contribution à la NZZ²³, JÜRIG NIEHANS a ainsi démontré de manière plausible qu'une application stricte du principe de l'unité de la matière peut empêcher la réalisation de "grands compromis".²⁴ Du point de vue des électeurs également, il peut être tout à fait indiqué de combiner la proposition A avec la proposition B, car cette manière de faire permet aux électeurs qui souhaiteraient seulement accepter la proposition A si la proposition B est elle aussi acceptée d'exprimer leur volonté de manière claire, ce qui ne serait pas le cas en cas de vote séparé sur chacune de ces propositions.

III. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Il convient au préalable de mentionner que, dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral déduit également de l'art. 34 al. 2 Cst. le principe de l'unité de la matière.²⁵ Au sein d'une jurisprudence très abondante, nous relevons les deux exemples suivants, particulièrement pertinents pour la question soumise à notre examen:

1. L'ATF 137 I 200 concerne deux projets de lois que le Parlement neuchâtelois avait liées l'une à l'autre par des clauses prévoyant que l'entrée en vigueur de l'une était subordonnée à l'entrée en vigueur de l'autre. La première concernait une réforme de l'imposition des entreprises, l'autre une loi pour améliorer l'offre d'accueil des enfants (comme contre-projet indirect à une initiative populaire portant sur la même question). Le Tribunal fédéral a considéré

²⁰ Art. 147 Cst.

²¹ Cf. aussi PETER FORSTMOSER, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Schweizer Gesetzgebung, in Alain Griffel (éd.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Berne 2014, p. 10.

²² Sur les deux points de vue, cf. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, op. cit. (N. 19), N. 2073.

²³ Zur politischen Ökonomie des Referendums, „Einheit der Materie“ als Hemmschuh des Kompromisses, in NZZ du 16.11.1995, p. 15.

²⁴ Cf. aussi HURST, op. cit. (N. 17), p. 132.

²⁵ Cf. par ex. ATF 137 I 200, consid. 2.2 et les réf. citées.

que le lien établi entre ces propositions violait les exigences du principe de l'unité de la matière. Celles-ci concernaient des objets distincts et ne poursuivaient pas le même but, de telle sorte que le rapport intrinsèque nécessaire faisait défaut (consid. 4.1). Le Tribunal fédéral a également rejeté l'argument des autorités cantonales, qui faisaient valoir que les deux lois relevaient de la même volonté d'améliorer les conditions-cadres de l'économie; de nombreuses autres lois pourraient en effet également viser cet objectif (consid. 4.2). On doit relever ici qu'il ne s'agissait pas ici formellement d'un projet de loi comprenant deux composantes différentes, mais de deux projets distincts qui avaient été liés l'un à l'autre. Ce lien conduisait toutefois matériellement au même résultat pour ce qui concerne l'expression libre de la volonté des électeurs. Le Tribunal fédéral aurait ainsi certainement tranché le cas de la même manière si les deux propositions avaient été jointes au sein d'une seule loi.

2. L'arrêt non publié 1P.223/2006 concerne le cas suivant: le Conseil des Etats du canton AR avait adopté une loi sur l'utilisation des bénéfices extraordinaires de la banque nationale. Celle-ci déterminait d'une part la manière dont le canton allait utiliser la part qui lui était attribuée des ventes d'or de la Banque nationale (par exemple des amortissements spéciaux pour le canton et les communes, des contributions au fonds culturel, etc.). D'autre part, elle modifiait la loi fiscale cantonale dans le but d'augmenter l'attractivité fiscale du canton. Le Tribunal fédéral a considéré que la jonction de ces deux objets dans un projet de loi était inadmissible. Il s'est exprimé plus précisément de la manière suivante dans le consid. 3.5 de son arrêt:

"Unter dem Gesichtswinkel der Einheit der Materie lässt sich die im Nationalbankgold-Gesetz mitenthaltene Revision des kantonalen Steuergesetzes nicht leicht in den Rahmen der Verwendung der ausserordentlichen Nationalbankgewinne (gemäss dem Titel des Gesetzes) einordnen. Anders als die einmalige Ausrichtung von Zuwendungen an den Kanton, die Gemeinden und den Kulturfonds stellt die Revision des Steuergesetzes keine eigentliche Verwendung der dem Kanton zugeflossenen Gelder dar. Ebenso wenig handelt es sich bei der Steuergesetzrevision um eine einmalige Ausrichtung. Diese ist vielmehr als langfristige steuer-politische Massnahme darauf angelegt, mittels einer tiefgreifenden Änderung des kantonalen Steuersystems in die Zukunft zu wirken, neue vermögende Steuerzahler insbesondere durch Entlastung von Wohneigentümern und von sehr hohen Einkommen und Vermögen heranzuziehen und auf diese Weise die Staatsfinanzen nachhaltig sicherzustellen. Während die Folgen der einmaligen Ausrichtung von Erlösen der Nationalbank unmittelbar absehbar sind, können die Auswirkungen der Steuergesetzrevision nicht mit Sicherheit abgeschätzt werden.

Damit liegen die Ausrichtung der Erlöse der Nationalbank und die Steuergesetzrevision auf sehr unterschiedlichen Ebenen. Die beiden Teile bilden nicht schon allein deswegen eine Einheit, weil sich das Nationalbankgold-Gesetz, wie Regierungs- und Kantonsrat vorbringen, als einheitliche (finanz-)politische Angelegenheit mit unterschiedlichen Massnahmen verstehen lässt. Es kann nicht gesagt werden, dass die beiden Teile einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Verwendung des Erlöses der Nationalbank aufweisen. Während die Ausrichtung von Geldern an die verschiedenen Destinatäre unmittelbare Folge des Zuflusses der Nationalbankgewinne ist, bildet letzterer lediglich Anlass für eine tiefgreifende Revision des kantonalen Steuerrechts. Darin ist in erster Linie eine politische, auf Dauer angelegte Absicht zu erblicken, die, wie dargelegt, den für die Wahrung der Einheit der Materie erforderlichen inneren Zusammenhang für sich allein nicht zu begründen vermag.

Der erforderliche innere Zusammenhang und die einheitliche Ziel-Ausrichtung lassen sich nicht aus einer logischen Betrachtung des Zusammenhangs der beiden umstrittenen Teile heraus begründen. Es kann nicht gesagt werden, dass der eine Teil den andern geradezu bedingen würde und der eine Teil ohne den andern keinen Bestand hätte. Die beiden Teile stehen auch

nicht in einer unmittelbaren Beziehung von Zweck und vorgeschlagenen Mitteln. Unter dem Titel des weitgefächerten Ziels einer nachhaltigen Sicherung der Staatsfinanzen können nicht beliebige Massnahmen zu einer einheitlichen Vorlage zusammengefasst werden. Das Gewicht einzelner Vorkehrungen und die Art und Weise der Zielerreichung können entsprechend ihrer Bedeutung den Rahmen der Einheit der Materie sprengen (wie auch im Zusammenhang mit dem Finanzreferendum über das Ob hinaus das Wie wichtig genug sein kann, um eine Mitsprache des Volkes zu rechtfertigen; vgl. BGE 125 I 87 E. 3b S. 90 f.). Der Revision des Steuergesetzes mit ihren grundlegenden Änderungen des Steuersystems kommt im vorliegenden Zusammenhang ein eigenständiges Gewicht zu. Sie reicht weit über die Verwendung der Nationalbankerlöse hinaus und steht mit dieser in keinem unmittelbaren inneren sachlichen Zusammenhang.

IV. Pratique du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral s'efforce de respecter le principe de l'unité de la matière dans ses projets, comme l'illustre l'exemple suivant.

Le 25 novembre 2015, le DFF a ouvert une procédure de consultation externe en relation avec le programme de stabilisation 2017-2019.²⁶ Ce programme mettait également en discussion l'externalisation de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations (ASF). Cette unité administrative rattachée au secrétariat général du DFI aurait dû être transformée en un établissement de droit public. Le DFF n'a pas présenté un texte de loi formulé en toutes lettres sur ce point. Dès lors qu'il ne s'agissait que de l'organisation d'autorités fédérales et que les cantons n'étaient pas concernés, il n'était en effet pas nécessaire de soumettre la base légale pour cette externalisation à une consultation externe. Le Conseil fédéral n'aurait eu ensuite qu'à introduire le projet de loi correspondant dans le cadre du message relatif au programme de stabilisation. Le rapport explicatif du 25 novembre 2015 (ch. 3.4 ; 2^{ème} alinéa) relève ce qui suit à cet égard :

"Afin de respecter le principe de l'unité de la matière, le Conseil fédéral soumettra au Parlement l'acte d'organisation relatif à l'autorité de surveillance indépendante dans le cadre du programme de stabilisation, sous la forme d'un projet séparé susceptible de faire l'objet d'un référendum."

Cette annonce s'est effectivement réalisée avec le message du 25 mai 2016. Sans faire explicitement référence au principe de l'unité de la matière, le Conseil fédéral a soumis au parlement un projet séparé de "Loi fédérale sur les tâches, l'organisation et le financement de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations", conjointement aux modifications collectives relevant du programme de stabilisation. De cette manière, l'unité de la matière a été clairement garantie. Cette manière de procéder a néanmoins soulevé quelques critiques au sein du Conseil des Etats (conseil prioritaire)²⁷ et du Conseil national (deuxième conseil)²⁸. Par exemple, la Conseillère nationale Fehlmann Rielle (qui soutenait l'entrée en matière, à l'encontre de la proposition de la majorité de la commission) s'est exprimée de la manière suivante²⁹ :

²⁶ Cf. les développements du message du 25.05.2016 sur le programme de stabilisation 2017-2019, FF 2016 4597, ch. 1.4.1.1 (et les sources citées).

²⁷ BO 2017 E 473 ss.

²⁸ BO 2017 N 2038 ss.

²⁹ BO 2017 N 2039.

"Il est surprenant que le projet de loi sur les tâches, l'organisation et le financement de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations figure dans le programme de stabilisation, car il concerne un objet spécifique. Néanmoins, cette bizarrerie doit-elle nous empêcher de débattre de la pertinence du projet qui nous a été proposé par le Conseil fédéral ?"

Les deux conseils ne sont finalement pas entrés en matière sur la proposition du Conseil fédéral.

V. Pratique de l'Assemblée fédérale

Le Parlement se préoccupe également des questions liées au principe de l'unité de la matière. Même si sa pratique n'est pas toujours entièrement uniforme, on peut convenir que l'Assemblée fédérale a adopté une pratique généralement plus généreuse en comparaison avec celle qui ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'égard des cantons.³⁰

Ce qu'illustrent les exemples suivants:

1. Le projet de révision 14.073 portait sur une révision partielle de la LP³¹. Le cœur de cette révision était la question de régler la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée de manière uniforme dans le pays. Dans une deuxième partie du projet étaient aussi proposées certaines corrections d'ordre rédactionnel du code de procédure civil (CPC, RS 272).³² Ces corrections visaient principalement à harmoniser le texte des différentes versions linguistiques ou à éliminer des erreurs manifestes. Elles étaient sans portée matérielle. Dans les deux conseils, des critiques ont néanmoins été soulevées sur le fait que le lien entre ces deux projets violait le principe de l'unité de la matière. Ainsi, le CN Nidegger a soutenu le refus d'entrée en matière sur la partie concernant le CPC (proposition de la minorité Lüscher) avec le vote suivant³³:

" Le groupe UDC soutiendra la proposition de la minorité Lüscher. Soit ce que l'on vient de traiter avec la représentation professionnelle en matière de poursuite est un toilettage, et dès lors d'autres toilettages sont imaginables, soit il s'agit d'un sujet à part entière, avec de véritables conséquences, ce qui est le cas ici, et on le traite pour lui-même. Ajouter une série d'autres dispositions qui touchent au Code de procédure civile, en matière de faits nouveaux, en matière d'application de la procédure sommaire, qui touchent aussi au Code des obligations, à un même train de modifications, soumis à une seule décision d'entrer en matière, est une absurdité complète et une paresse de la part de l'administration.

Cette modification légale est soumise à référendum. Imaginez qu'on lance un référendum parce que l'un ou l'autre objet déplaît, comment formulerez-vous la question à l'intention des votants lorsque vous devrez leur demander s'ils acceptent ou non la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite tout en indiquant que ce n'est pas contre cette modification que le référendum a été lancé mais contre une modification touchant une autre loi? On est en train de prendre un raccourci qui n'a aucun sens en termes de technique législative et qui ne se justifie pas si chacun des autres objets ajoutés peut faire l'objet d'un débat en soi, tout à fait justifié. Cela devrait être le cas soit dans le cadre d'une réforme générale du Code de procédure civile, comme on le fait pour d'autres codes, soit dans le cadre d'une réforme du droit des obligations ou d'une autre loi qui serait touchée.

³⁰ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, op. cit. (N. 19), N. 2075

³¹ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

³² Cf. à ce sujet le message du 29 octobre 2014 in FF 2014 8505.

³³ BO 2015 N 922.

Cette façon de procéder est conceptuellement absurde, antidémocratique, mauvaise, fainéante. Je vous demande donc de la rejeter en adoptant la proposition de la minorité Lüscher."

La proposition de la minorité Lüscher a finalement été rejetée à une courte majorité (94 voix contre 92). Au Conseil des Etats, le rapporteur de la commission (CE Engler) n'a certes pas soutenu une proposition analogue visant à refuser l'entrée en matière, mais a relevé ce qui suit³⁴:

"Ein zweiter, vom Schuldbtreibungsrecht unabhängiger Teil dieser Gesetzesvorlage betrifft diverse Anpassungen der Zivilprozessordnung, die wie im Vorbeigehen noch mit dem Hauptrevisionspunkt verbunden worden sind. Auch wenn sie in der Botschaft als von untergeordneter Bedeutung und als Kleinigkeiten bezeichnet worden sind, hat diese Art der Trittbretgesetzgebung in der Kommission für Rechtsfragen zu reden gegeben. Solche Mantelgesetze, die Änderungen mehrerer Gesetze in einem einzigen Erlass zusammenfassen, ohne dass ein enger finaler Zusammenhang besteht, sind unter mehreren Gesichtspunkten als kritisch, wenn nicht sogar als unzulässig zu beurteilen. Im Vordergrund steht dabei die Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie in Behördenvorlagen, was demokratiepolitisch dann ein Problem ist, wenn das Gesetzesreferendum nicht gegen die Änderung der einzelnen Gesetze, sondern nur gegen das Mantelgesetz als Ganzes ergriffen werden kann. Das lässt sich auch nicht mit Zweckmässigkeitsüberlegungen rechtfertigen. Die Kommission hat gewünscht, zu Mantelgesetzen die Aussage zu machen, dass hier Zurückhaltung geboten ist, vor allem aus demokratiepolitischen Überlegungen heraus."

Le CE Schmid s'est rallié à ce vote comme suit³⁵:

"Kollege Engler ist immer so fair, dass er mir auch die Bälle zuspielt, mit denen ich auf das leere Tor zielen kann. Mit der Mantelgesetzgebung liegt aus meiner Sicht eben eine verfassungswidrige Vorlage vor, auf die wir nicht eintreten sollten. Welchen Konnex haben die Bestimmungen in Bezug auf die Zivilprozessordnung und die Erhebung der Beweise im SchKG-Verfahren? Wenn Sie mir hier eine plausible Begründung liefern können, dann ziehe ich meinen Antrag zurück. Als Rechtsanwalt sehe ich nicht ein, wo in diesem Bereich die Zusammenhänge sein sollten. Man hätte in dieser Vorlage dann auch noch eine Bestimmung des Steuergesetzes hineinbringen können - jetzt bin ich ein bisschen provokativ. Dass man aus Sicht der Kommission für Rechtsfragen ein Auge auf diese Gesetzesvorlagen wirft, da sie eben letztlich dann auch dem Volk allenfalls in einer fakultativen Referendumsvorlage unterbreitet werden, erscheint mir richtig."

Le Conseil des Etats a finalement rejeté la proposition de ne pas entrer en matière par 27 voix contre 14.

2. Au demeurant, on ne peut d'aucune manière affirmer que le Parlement n'aurait aucune compréhension pour les projets de loi qui lient différents objets les uns aux autres dans le sens d'un équilibre des intérêts ou d'un compromis. C'est ce que montre l'exemple suivant, qui concerne également une révision de la LP:

Par le projet de révision 10.777, le Conseil fédéral proposait une révision des dispositions de la LP en matière d'assainissement³⁶. Les principales propositions visaient à alléger et organiser de manière nouvelle le sursis concordataire. En relation avec celles-ci, le Conseil fédéral proposait aussi d'introduire l'obligation générale de proposer un plan social (par une modification du Code des obligations). Aucun parlementaire n'a fait valoir que ce lien était contraire

³⁴ BO 2015 S 778.

³⁵ BO 2015 S 779.

³⁶ Message du 08.09.2010, FF 2010 5871.

aux exigences du principe de l'unité de la matière. Au Conseil des Etats, le CE Bischof a par exemple soutenu la solution présentée avec le vote suivant³⁷:

"Dann kommen wir zur Pièce de Résistance dieser Vorlage, zum Sanierungsrecht. Diese Pièce de Résistance, nämlich die Rechte der Arbeitnehmenden, führte im Nationalrat aus unterschiedlichen Gründen, die von zwei unterschiedlichen Lagern vorgebracht wurden, zum Scheitern der Vorlage. Die Arbeitnehmenden sind diejenige Gläubigergruppe, die von einem Konkurs, einem Nachlass, einer Sanierung oder Nichtsanierung in der Regel die Hauptbetroffenen sind. Auf Deutsch heisst das: Wenn die Sanierung gelingt, behalten die Arbeitnehmer ihre Arbeitsplätze, und wenn sie scheitert, verlieren sie sie. Weil die Arbeitnehmer die Hauptbetroffenen sind, sind sie auch diejenige Interessengruppe, mit welcher der von mir erwähnte Interessenausgleich am schwierigsten und am diffizilsten zu erzielen ist. Bundesrat und Kommission schlagen Ihnen nach langer Diskussion folgendes Konzept hinsichtlich dieser Pièce de Résistance, der Rechte der Arbeitnehmer, vor:

Auf der einen Seite möchten wir der Unternehmung eine Fessel wegnehmen, die sie heute gemäss Obligationenrecht hat. Die Fessel von Artikel 333 OR besagt, dass ein Übernehmer, der bereit ist, eine Firma in Schieflage oder einen Teil davon zu übernehmen und zu sanieren, verpflichtet ist, sämtliche Arbeitnehmenden auch zu übernehmen. Der Arbeitnehmende hat zwar das Recht, die Übernahme abzulehnen, der Übernehmer hat aber nicht die Möglichkeit, nur einen Betriebsteil zu übernehmen, er muss alle Arbeitnehmenden übernehmen. Das hat in der Praxis häufig dazu geführt, dass Sanierungen nicht zustande gekommen sind. Hier, und das ist die eine Seite, schlagen Ihnen Bundesrat und Kommission vor, die Unternehmung bzw. die Arbeitgeberseite von dieser Fessel zu befreien und es ihr damit zu ermöglichen, nur einen Teil der Arbeitnehmenden zu übernehmen mit dem Ziel, dass wenigstens diese Arbeitsplätze - und damit ein mehr oder weniger grosser Betriebsteil - gerettet werden. Das ist für die Arbeitgeberseite.

Das Pendant für die Arbeitnehmerseite, das Ihnen Bundesrat und Kommission vorschlagen, ist die sogenannte Sozialplanpflicht. Heute ist es im schweizerischen Arbeitsrecht so, dass keine allgemeine Sozialplanpflicht besteht. Unternehmen können also Entlassungen vornehmen, ohne mit den Arbeitnehmern oder deren Verbänden einen Sozialplan zu erstellen, sofern nicht - das ist oft auch der Fall - in Gesamtarbeitsverträgen Sozialplanpflichten vorgesehen sind; dort gibt es die Pflicht heute bereits. Die Kommission empfiehlt Ihnen nun, als Pendant für die Arbeitnehmerseite - ich sage das bewusst salopp - die Sozialplanpflicht, die heute in Gesamtarbeitsverträgen besteht, für allgemeingültig zu erklären, aber nur für Massenentlassungen und nur für Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern. Das sind etwa 0,37 Prozent der Unternehmen in der Schweiz, also nicht einmal ein Prozent der Unternehmen. Für diese soll gelten, dass ein Sozialplan ausgehandelt werden muss, samt einer Schiedsgerichtspflicht, die dahintersteht, ausser der Sozialplan würde den Konkurs oder die Nachlassstundung erst ermöglichen. Nur für Fälle also, in denen genügend Mittel vorhanden sind, soll eine Sozialplanpflicht bestehen.

Kommission und Bundesrat sind der Meinung, dass damit für die wichtigste Pièce de Résistance eine Gleichgewichtslage geschaffen wird, die dieser Vorlage zum Durchbruch verhelfen könnte und eine Mehrheit finden sollte. Damit verbunden ist das Ziel - das alle verfolgen, auch die unterschiedlichen Lager im Nationalrat -, Unternehmen häufiger zu sanieren und weniger häufig in den Konkurs und in die Liquidation zu schicken, als dies heute der Fall ist."

Il se confirme ainsi de manière claire ce qu'une partie de la doctrine soutient également (cf. ci-dessus ch. II): l'équilibre de différents intérêts est souvent en jeu en relation avec les projets de lois. Ceci peut dès lors conduire à ce qu'on règle dans un seul et même projet des

³⁷ BO 2012 S 351 s.

objets qui sont à première vue distincts, mais qui ont un rapport de connexité matériel, sans que cette manière de faire ne soit contraire au principe de l'unité de la matière.

VI. Appréciation

Les compléments relevant du droit fiscal proposés par la CER-E ne paraissent pas soulever de problème. Ils ont un rapport de connexité matérielle claire avec les autres parties du projet présenté par le Conseil fédéral et servent à atteindre le but d'une imposition équilibrée des entreprises.

Les compléments concernant le financement de l'AVS sont en revanche plus difficiles à apprécier sous l'angle de l'unité de la matière.

Si l'on examine le projet à l'aune des conceptions "strictes" de la doctrine, qui différencie à peine initiatives constitutionnelles et projets de lois (cf. supra ch. II), ou en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui se montre généralement stricte à l'égard des cantons (cf. supra ch. III), la procédure choisie doit être considérée de manière critique du point de vue de l'unité de la matière. L'imposition des entreprises et les modifications de la LAVS concernent des domaines matériels différents et le "rapport de connexité" requis pour réunir différents objets dans un même projet ne saute dans tous les cas pas aux yeux.

D'un autre côté, la doctrine admet aussi que l'Assemblée fédérale a été "jusqu'à présent plus que généreuse (avec elle-même)"³⁸, respectivement qu'elle "s'est montrée plutôt large dans l'interprétation de la règle de l'unité de la matière"³⁹. C'est un point à prendre en considération, même si la pratique plus récente de l'Assemblée générale (cf. supra ch. V) indique aussi une certaine sensibilité sur la question. En outre, comme déjà plusieurs fois mentionné, il faut tenir compte du fait que les projets de loi résultent souvent de la recherche de compromis politiquement viables et que cette fonction spécifique du législateur doit peser dans la balance.

Lier les nouvelles réglementations sur l'imposition des entreprises avec celles sur le financement de l'AVS constitue, à n'en point douter, un cas limite. Pour justifier un tel lien, on peut faire valoir que les modifications de la LAVS ne concernent pas la réforme de la prévoyance vieillesse comme telle (en y intégrant par exemple une augmentation de l'âge de la retraite ou une augmentation ou une diminution des rentes), mais uniquement le financement de l'AVS. Cette partie du projet représenterait en outre (comme l'augmentation des allocations pour enfants proposée par le Conseil fédéral) une "compensation sociale" pour couvrir les pertes fiscales résultant de la réforme de l'imposition des entreprises.⁴⁰ Le fait que des mesures visant une telle compensation puissent être couvertes par le principe de l'unité de la matière peut se déduire d'un arrêt plus ancien du Tribunal fédéral, cité par TSCHANNEN⁴¹, selon lequel il est admissible de réunir en un seul projet plusieurs projets qui, pour des motifs de politique sociale ou régionale, lui sont matériellement apparentés et ce, afin que toutes les parties du canton ou les membres de la population puissent participer de manière égale

³⁸ Cf. BIAGGINI, op. cit. (N 8).

³⁹ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit. (N 8), N 782.

⁴⁰ Comp. avec le papier de préparation de la conférence aux médias de la CER-E du 16.05.2018.

L'idée est que, pour chaque franc perdu par la Confédération, les cantons, les communes du fait de la réforme fiscale 17, il est versé une contribution correspondante au Fonds AVS.

⁴¹ op. cit. (N 9), N 43.

au bien-être général. L'idée d'une compensation sociale en relation avec un projet de votation n'est donc pas étrangère au Tribunal fédéral.⁴² Nous considérons qu'une telle argumentation serait dans l'ensemble défendable.

Cette constatation n'exclut pas que l'exigence d'une expression différenciée des électeurs (en cas d'un référendum contre l'un ou l'autre ou contre les deux projets) serait davantage respectée si la révision de la loi concernant le financement de l'AVS et celle concernant l'imposition des entreprises étaient présentées de manière séparée et dans des projets distincts. Dans le cas d'un débat précédant les votations, le caractère de compromis d'une adoption simultanée des deux projets pourrait être mis en exergue et il pourrait être signalé que le projet d'ensemble ne représenterait une solution politique viable que si chacune de ses parties étaient acceptées.

Nous vous prions, Mesdames, Messieurs, de recevoir nos salutations les meilleures.

Office fédéral de la justice OFJ



Martin Dumermuth

Directeur

Chargé du dossier : Luzian Odermatt

⁴² On relève toutefois que le Tribunal fédéral fonde son argumentation y relative sur les demandes de crédit pour les bâtiments scolaires, les hôpitaux et les travaux routiers. Il s'agissait concrètement dans cet ATF 105 la 80 d'une demande de crédit pour un programme de construction de routes.