



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Jurisprudence relative au fédéralisme suisse (2011–2013)

Analyse mandatée par la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) dans le cadre
du monitoring du fédéralisme réalisé par la Fondation ch pour la collaboration confédérale

Janvier 2014

Prof. BERNHARD
WALDMANN
(dr. en droit, avocat)

EMANUEL BORTER
(MLaw, avocat)

Universität Freiburg
Institut für Föderalismus
Rte d'Englisberg 7
CH-1763 Granges-Paccot

Tel. +41 (0) 26 300 81 25
Fax +41 (0) 26 300 97 24

www.federalism.ch

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS / INSTITUT DU FÉDÉRALISME



FACULTÉ DE DROIT
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

I. Introduction

La présente analyse porte sur la jurisprudence que le Tribunal fédéral a consacrée au fédéralisme suisse durant la période 2011-2013. Une telle analyse exige tout d'abord que l'on définisse clairement la **notion** complexe et polysémique **de fédéralisme**¹. Dans le cas présent, nous avons, par souci de simplification, donné au fédéralisme le sens de principe régissant l'organisation de l'État fédéral suisse². Aussi avons-nous axé notre analyse sur les normes constitutionnelles et les conditions générales essentielles auxquelles obéit la structure de la Confédération suisse et sur leur application dans la pratique. Au nombre de celles-ci figurent notamment la protection par la Confédération de l'existence, du territoire et de l'ordre constitutionnel des cantons, la garantie de l'indépendance et de l'autonomie des cantons (et des communes), la répartition des tâches et des compétences entre la Confédération et les cantons selon le principe de subsidiarité, la force dérogatoire du droit fédéral et les restrictions matérielles des attributions des cantons découlant des droits fondamentaux et des maximes fondatrices de l'État de droit, l'autonomie des cantons en matière de coopération, leur participation au processus de décision sur le plan fédéral, enfin les principes régissant les langues (art. 4 et 70 Cst.) et les religions (art. 15 et 70 Cst.).

Le présent rapport se fonde sur une analyse de la **jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral de 2011 à 2013** relativement aux dispositions de la Constitution fédérale qui touchent au fédéralisme (art. 1, 3, 5a, 42 à 53, 135, 189, al. 2, Cst.). En outre, eu égard aux limites matérielles des compétences et à la portée de l'autonomie cantonale, nous avons analysé les prononcés relatifs aux droits fondamentaux (art. 7 à 34 Cst.) et aux principes régissant l'État de droit (art. 5 Cst.). De même, l'analyse a porté sur la jurisprudence relative aux autres dispositions pouvant avoir des incidences sur le fédéralisme, à savoir l'art. 190 Cst. (applicabilité des lois fédérales et du droit international), l'art. 120 LTF (action devant le Tribunal fédéral), l'art 86, al. 3, LTF (possibilité offerte aux cantons d'instituer une autorité autre qu'un tribunal pour connaître des décisions revêtant un caractère politique prépondérant) et art. 6 CC (droit public des cantons et lois civiles de la Confédération). L'analyse a été complétée par une recherche finale par mots-clefs soigneusement sélectionnés³. En ce qui concerne la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal pénal fédéral, l'analyse n'a pas révélé d'arrêts touchant notoirement le fédéralisme. Quant à la jurisprudence des cantons, elle n'a pas été analysée.

Ci-après, nous présentons tout d'abord une synthèse des principaux résultats de notre analyse de même qu'une sélection de quelques arrêts majeurs (chap. II). Suit une appréciation générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral, plus précisément sous l'angle des tendances qui s'en dégagent et de la nécessité de légiférer qu'elles entraînent pour les cantons.

¹ Dans le même sens, cf. HEINZ AEMSEGGER/ANDRÉ JOMINI, *Der Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: Institut du fédéralisme (éd.), première Conférence nationale sur le fédéralisme, Fribourg 2005, p. 173 ss.

² AEMSEGGER/JOMINI (note. 1), p. 173 s.; v. également BERNHARD WALDMANN, *Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz*, in: Peters Dreiblatt, *Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung*, Recueil en l'honneur du 60^e anniversaire de Peter Hänni, Berne 2010, p. 4.

³ Fédéralisme/fédéral, autonomie cantonale, autonomie financière, autonomie organisationnelle, intercantonal, concordat, État fédéral.

II. Vue d'ensemble de la jurisprudence du Tribunal fédéral

A. Généralités

La majorité des arrêts du Tribunal fédéral concerne **la primauté et la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.)**. Dans ces décisions, le Tribunal fédéral a statué le caractère exhaustif du droit fédéral dans les différents domaines suivants : les élections au Conseil national⁴, l'exécution forcée (y compris s'agissant de créances de droit public)⁵, l'éventail des instruments propres à assurer la protection des rives des lacs⁶, les voies de recours contre les décisions des autorités cantonales touchant les listes des hôpitaux⁷, le régime de l'approbation au sens de la loi sur le travail auquel sont soumis les plans et l'exploitation des entreprises industrielles ou non⁸, la prise en charge des frais dans le cadre de la procédure de recours lors de litiges concernant l'octroi ou le refus de prestations de l'AI (art. 69, al. 1^{bis}, LAI)⁹, la fixation des tarifs de l'électricité (à l'exception des redevances et prestations en faveur de la collectivité)¹⁰, l'obligation de rémunérer les entreprises de distribution de l'électricité pour le courant électrique qu'elles produisent de manière décentralisée¹¹ enfin, celles des dispositions de la législation sur l'agriculture ou sur les stupéfiants qui concernent la culture ou le commerce du chanvre¹². Même si la procédure civile et la procédure pénale sont régies par le droit fédéral depuis le 1er janvier 2011, il subsiste un nombre non négligeable de domaines dans lesquels les législations cantonales continuent de s'appliquer. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral donne un aperçu – fragmentaire – des points qui peuvent être réglés par les législations cantonales¹³ ainsi que des limites¹⁴ auxquelles est soumise cette réglementation. Dans ce contexte, il vaut la peine de mentionner la constatation faite par le Tribunal fédéral selon laquelle la notion de droit privé impératif signifie seulement que la réglementation en cause est soustraite à la disposition des parties et non que dans le domaine considéré il n'y ait aucun espace pour le droit cantonal¹⁵.

Par ailleurs, les nombreux arrêts concernant les **droits fondamentaux** et les **principes régissant l'État de droit** ne sont pas sans incidences du point de vue du fédéralisme. Ainsi, le principe de légalité offre aux cantons une protection contre l'imputation inconsidérée de tâches supplémentaires¹⁶. En outre, ceux-ci sont tenus de respecter lesdits droits fondamentaux et principes dans les domaines relevant de leur sphère de compétence, ces droits et principes jouant le rôle de « restrictions matérielles de compétences »¹⁷. À cet égard, il y a tout particulièrement lieu de mentionner les arrêts concernant le respect de

⁴ ATF 138 II 5.

⁵ Jugement, 5A_119/2013 du 16.4.2013 (repris de l'ATF 115 III 1). V. également ATF 139 III 195 concernant le séquestration de biens pour assurer la couverture des émoluments judiciaires.

⁶ ATF 139 II 470.

⁷ Arrêt 2C_399/2012 du 8.6.2012.

⁸ Arrêt 2C_922/2011 du 29.5.2012.

⁹ ATF 137 V 57.

¹⁰ ATF 138 I 468.

¹¹ ATF 138 I 454.

¹² ATF 138 I 435. V. infra section B.

¹³ V., par exemple, ATF 137 III 185 (rémunération du conseil juridique commis d'office) ; arrêt 4A_2/2013 du 12.6.2013 (Structure des honoraires d'avocat) ; ATF 139 III 182 (dispenses de payer les frais judiciaires et de verser des dépens en procédure civile) ; ATF 138 III 471 et arrêt 4A_239/2013 du 9.9.2013 (compétence matérielle de connaître d'actions conjointes [en cas de consorité simple passive]) ; ATF 137 IV 269 (autorisation de poursuivre pénalelement les fonctionnaires).

¹⁴ V., notamment, arrêt 4C_1/2013 du 25.6.2013 (réglementation fédérale exhaustive concernant la présence et l'absence des parties aux audiences de conciliation) ; ATF 139 III 38 (expulsion d'un locataire par voie de procédure sommaire) ; arrêt 5A_28/2013 du 15.4.2013 (perception d'un émolumen pour le prononcé de l'autorité dans le cadre de procédures sommaires selon la LP) ; arrêt 1B_96/2013 du 20.8.2013 (obligation de témoigner conformément au code de procédure pénale) ; ATF 137 III 217 (instances de recours dans le domaine principal de la

-
- ¹⁵ procédure civile.
- ¹⁶ ATF 138 I 331, cons. 8.4.4 (assouplissement du secret en matière d'aide sociale selon le droit cantonal)
- ¹⁶ ATF 138 IV 40, cons. 2.2.4 (principe fédéraliste de légalité protégeant les cantons contre l'imputation de tâches supplémentaires).
- ¹⁷ V. notamment ATF 138 I 217 (respect de l'interdiction de discrimination lors de la désignation de défenseurs commis d'office).

l'égalité des électeurs (art. 8 en liaison avec l'art. 34 Cst.) dans la fixation des modalités applicables aux élections à la proportionnelle¹⁸ ou l'arrêt concernant la décision du Grand Conseil zougois de ne pas reconduire la commission de l'égalité entre la femme et l'homme¹⁹ (v. infra, section B).

Les autres dispositions constitutionnelles qui touchent le fédéralisme ne sont guère apparentes dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cela s'explique par le fait que cette jurisprudence a, jusqu'ici, eu tendance à attribuer aux normes fédérales concernant le vivre ensemble une portée politique plutôt qu'un contenu justiciable²⁰. Le plus souvent, le Tribunal fédéral ne se réfère à ces normes qu'à titre auxiliaire. En revanche, il invoque parfois le fédéralisme sans toutefois se référer explicitement aux normes constitutionnelles qui fondent celui-ci²¹.

B. Sélection de quelques arrêts majeurs

Par l'arrêt 138 I 435, le Tribunal fédéral a abrogé le Concordat latin sur la culture et le commerce du chanvre²² parce qu'il portait atteinte à la force dérogatoire du droit fédéral. Après avoir rappelé que la législation fédérale sur l'agriculture, d'une part, et sur les stupéfiants, d'autre part, était exhaustivement applicable à la culture et au commerce du chanvre, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'annulabilité des concordats fixant des règles de droit, question qu'il n'avait guère abordée jusqu'alors. Selon ses conclusions, il est loisible de contester devant lui une convention intercantonale fixant des règles de droit, lui-même étant fondé à abroger celle-ci. Si le droit fédéral admet qu'un concordat puisse être préalablement attaqué devant les instances cantonales précédant le Tribunal fédéral, un contrôle abstrait des normes n'est toutefois possible que devant le Tribunal fédéral. En outre, devant une instance cantonale de recours, seul peut être attaqué l'acte d'adhésion d'un canton à un concordat et non la teneur du concordat lui-même. En outre, l'instance cantonale peut aussi se prononcer à titre préjudiciel sur la conformité d'un concordat au droit supérieur. Il faut cependant relever que lorsque deux procédures sont pendantes devant des instances différentes, il se pose un délicat problème de coordination. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a laissé en suspens les questions suivantes: qualité pour recourir, début et fin du délai de recours et relation avec la procédure de réclamation au sens de l'art. 186, al. 3, Cst. en liaison avec l'art. 172, al. 3, Cst. Compte tenu de la complexité des questions qui se posent et eu égard aux difficultés auxquelles se heurte la coordination en l'espèce,

¹⁸ ATF 139 I 195 (canton de Zoug v. infra, section B) ; cf. également arrêt 1C_407/2011 du 19.3.2012 (canton de Schwyz).

¹⁹ ATF 137 I 305. V. infra, section B.

²⁰ V, notamment, ATF 138 I 378, consid. 8.4 : « Dans l'ensemble, le principe de subsidiarité au sens qui a été évoqué relève plus d'une maxime d'ordre économique que d'une règle juridique attaivable en justice. De même, le nouvel article 5a Cst. (...), qui a été adopté le 28 novembre 2004, n'est rien de plus qu'une maxime politique » (trad.)

La fidélité confédérale est brièvement mentionnée dans les ATF 138 I 435 et 139 I 195 de même que dans l'arrêt 1C_348/2011 du 15.3.2012 (« quoi qu'il en soit, il est douteux que les recourants puissent, dans ce contexte, déduire un droit directement applicable de cette disposition »).

²¹ V. notamment arrêt 2C_333/2012 du 5.11.2012 concernant le financement du solde des frais médico-pharmaceutiques par l'assurance-maladie :

« À défaut d'une ancienne réglementation conforme au droit fédéral et d'une nouvelle réglementation au niveau fédéral, le Conseil d'État a, à juste titre, édicté des normes cantonales. S'il peut en résulter que la réglementation propre au demi-canton de Bâle-Ville soit différente de celle qui est appliquée dans les autres cantons, cela est la

conséquence logique à la fois du fédéralisme et de la compétence qui échoit à chaque canton (...) ; cette situation n'est, par principe, ni contraire à l'égalité devant la loi (art. 8, al. 1, Cst.) ni ne viole la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.). Un canton n'est pas habilité à édicter une réglementation valable pour l'ensemble de la Suisse, aussi souhaitable que celle-ci puisse paraître. Inversement, on ne saurait reprocher au Conseil d'État de ne pas avoir attendu l'adoption d'une réglementation nationale, constraint qu'il était de trouver une solution quelle qu'elle soit. La disposition attaquée ne préjuge en rien de la teneur de la réglementation qui sera adoptée à l'échelle nationale ; une fois qu'elle l'aura été, elle pourra remplacer la norme cantonale en cause » (trad.)

²² Concordat latin sur la culture et le commerce du chanvre.

il pourrait être judicieux (et dans l'intérêt des cantons) que le législateur fédéral se charge de régler la matière en question²³.

Au chapitre de l'**aménagement des systèmes d'élection à la proportionnelle** dans les cantons, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence dans l'**ATF 139 I 195** tout en y ajoutant un élément. Il a admis un recours en matière de droit de vote qui avait été formé contre un projet officiel soumis à votation, projet qui visait au maintien d'une procédure électorale jugée contraire à la Constitution fédérale. Plus précisément, le Tribunal fédéral a frappé d'illicéité un objet soumis au corps électoral zougois par le Grand Conseil parce que cet objet visait à empêcher l'instauration d'un système de représentation proportionnelle conforme à la Constitution fédérale. Dans un arrêt antérieur (ATF 136 I 376), le Tribunal fédéral avait déclaré anticonstitutionnelle la réglementation zougoise relative à la représentation proportionnelle. Or, le Grand Conseil entendait alors soumettre au corps électoral une variante qui s'inspirait de l'ancienne réglementation, variante dont l'illicéité était par conséquent manifeste. En admettant (une première fois) un recours en matière de droit de vote dirigé contre un objet soumis officiellement au vote du peuple, le Tribunal fédéral a assumé une fonction essentielle pour le contrôle du respect de ses propres arrêts. En exerçant ce contrôle, il a, par ailleurs, empêché que des normes constitutionnelles cantonales indubitablement contraires au droit fédéral soient soumises à l'Assemblée fédérale en vue de l'octroi de la garantie de la Confédération au sens de l'art. 51, al. 2, Cst.

Dans l'**ATF 137 I 305**, le Tribunal fédéral s'est penché sur la non-reconduction par le canton de Zoug de la **Commission de l'égalité entre femmes et hommes** (qui avait été créée pour une période limitée). La plus haute instance judiciaire a statué que si les cantons sont tenus de prendre des mesures aux fins de garantir l'égalité effective entre femmes et hommes, il n'est cependant pas exclu a priori qu'ils s'acquittent efficacement de ce mandat sans créer des organes ad hoc. Partant, les cantons ne sont pas tenus de reconduire ni de créer une commission de l'égalité ou un organe similaire. En leur absence cependant, ils doivent prévoir des mesures supplétives. Il leur incombe de définir qui, à l'échelon cantonal, sera chargé d'exécuter le mandat d'égalité, comment et avec quels moyens.

À propos de la nouvelle disposition constitutionnelle (art. 75b, Cst.) sur le plafonnement du pourcentage des résidences secondaires, le Tribunal fédéral a rendu l'**ATF 139 II 271**, arrêt majeur dans lequel il aboutit à la conclusion que ledit plafonnement est une tâche de la Confédération qui a pour but de ménager la nature et le paysage traditionnel de la Suisse. Cela étant, les autorisations de construire des résidences secondaires seront dorénavant sujettes au droit de recours des organisations reconnues au sens de l'art. 12 LPN.

III. Appréciation

Dégager des tendances que suivrait la jurisprudence du Tribunal fédéral touchant l'organisation fédéraliste de la Suisse est une tâche qui exige une observation sur une période relativement longue. Aussi, une observation menée durant trois ans seulement ne permet-elle que de tirer des conclusions aussi vagues qu'hasardeuses. Les arrêts analysés sont, dans leur majorité, des prononcés au cas par cas dont il est impossible de dégager des tendances pas plus que des usages. Cela étant, l'appréciation qui va suivre se subdivise en une appréciation générale de la jurisprudence (1.) suivie de deux remarques sur des points particuliers (2. /3.).

²³

Pour l'ensemble, v. GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsanmerkungen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 114/2013, p. 404 à 408.

1. L'analyse qui fait l'objet du présent rapport a mis en évidence que la plupart des arrêts du Tribunal fédéral concernant le fédéralisme avaient pour objet un partage litigieux des compétences entre la Confédération et les cantons. En règle générale, le Tribunal fédéral est saisi de tels litiges par voie de recours individuel, l'action au sens de l'art 120 LTF ne jouant en l'occurrence qu'un rôle très marginal. Il apert que non seulement les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons mais encore d'autres litiges opposant la Confédération et les cantons ou les cantons entre eux sont, actuellement encore, **régis le plus souvent par la voie politique et non juridique**. Ce mode de procéder tient à notre sens essentiellement à la culture politique. Un autre élément joue cependant indéniablement un rôle : nombre de principes qui régissent le fédéralisme soit n'ont aucune **substance normative** (tel est notamment le cas du principe de subsidiarité [art. 5a Cst.] ou des principes énoncés à l'art. 43a Cst.) soit n'ont que peu de substance normative (tel est notamment le cas de la fidélité confédérale [art. 44 Cst.]). À noter que le Tribunal fédéral jouit d'une **compétence juridictionnelle restreinte** à l'égard des lois fédérales et, dans une certaine mesure également, à l'égard des ordonnances du Conseil fédéral (art. 190 Cst.). À ces différentes causes, il convient d'ajouter que **les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral** (art. 189, al. 4, Cst.). En tout état de cause, il est loisible aux cantons d'intenter action (art. 120 LTF) contre de tels actes cela d'autant que la procédure n'exige pas que la contestation porte sur un objet bien déterminé. Il pourrait être utile aux cantons de recourir à une telle voie de droit pour imposer le respect de leurs droits de participation (à la définition de la politique étrangère de la Confédération, par exemple). Cette faculté ne change rien au fait que la protection juridictionnelle de l'autonomie des cantons est encore relativement peu développée²⁴. Dans son essence, le fédéralisme ne peut subsister que si le respect des principes constitutionnels qui le fondent peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.
2. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt annulant le concordat latin sur la culture et le commerce du chanvre (ATF 138 I 435), nombre de questions d'ordre procédural restent à élucider dans le domaine des **concordats fixant des règles de droit**. À l'avenir, la jurisprudence du Tribunal fédéral devra se consacrer dans une plus large mesure à ces questions, cela aussi longtemps que le législateur fédéral n'aura pas spécifié dans la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) la procédure à suivre en matière de recours contre de tels concordats.
3. Enfin, le critère de l'existence d'une **tâche fédérale**²⁵ que le Tribunal fédéral a introduit il y a plusieurs années et dont il a récemment confirmé la validité s'agissant du droit de recours des organisations qui se vouent à la protection de la nature et du paysage (art. 12 LPN) dans le cadre du plafonnement de la construction de résidences secondaires (art. 75b Cst.) paraît problématique tant sous l'angle de la garantie de l'État de droit que du point de vue du fédéralisme. À la différence du droit de recours des particuliers qui peut être développé par le biais d'une concrétisation juridictionnelle des garanties en matière de protection du droit, le droit de recours des organisations est une institution qui nécessite une réglementation précise au niveau de la loi. En élargissant constamment la notion floue de tâche fédérale, le Tribunal fédéral se meut sur un terrain de plus en plus instable du point de vue constitutionnel. Il serait donc judicieux que le législateur fédéral définisse de manière plus précise le champ d'application du droit de recours des organisations à l'égard précisément des décisions arrêtées au niveau cantonal²⁶.

²⁴ Pour une analyse de fond de cette question v. PATRICIA EGLI, Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, in: Revue de droit suisse (RDS) 2011 I, p. 365 à 385.

²⁵ ATF 139 II 271.

²⁶ V. pour plus de détails BERNHARD WALDMANN, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, in: Baurecht 2013, p. 231 ss, 238 s.; a.M. ARNOLD MARTI, notes, in: Umweltrecht in der Praxis (URP) 2013, p. 555 ss, 559 ss.



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Jurisprudence en matière de fédéralisme suisse (2011–2013)

ANNEXE : Décisions de principe du Tribunal fédéral

Universität Freiburg
Institut für Föderalismus
Rte d'Englisberg 7
CH-1763 Granges-Paccot

Tel. +41 (0) 26 300 81 25
Fax +41 (0) 26 300 97 24

www.federalism.ch

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS / INSTITUT DU FÉDÉRALISME



FACULTÉ DE DROIT
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

1. Domaines réglés de manière exhaustive par le droit fédéral

- Les règles contenues dans un concordat pour la prévention de violations du droit fédéral dans le domaine des stupéfiants et du droit de l'agriculture, qui poursuivent les mêmes objectifs que ceux de la législation fédérale, violent le principe de la primauté du droit fédéral.¹
- L'obligation pour les cantons d'aménager leur territoire, obligation ancrée dans la LAT, s'étend à tout le territoire et comprend par conséquent également le terrain donné en concession et relevant de la propriété privée. Les moyens de l'aménagement du territoire ainsi que de la protection de la nature et du paysage permettent de prendre en compte la protection des rives du lac d'une manière globale. Lorsqu'il existe des normes contraignantes et des dispositions d'aménagement du territoire réglant l'utilisation de la zone riveraine, y compris le terrain donné en concession, celles-ci lient les autorités compétentes dans leur décision fondée sur la concession. Le pouvoir d'appréciation de celles-ci est diminué d'autant. La situation juridique a fondamentalement changé à cet égard depuis l'ATF 102 la 122.²
- La législation fédérale règle de manière exhaustive les élections au Conseil national selon le système proportionnel ; en particulier, la question de savoir si et quand il y convient de procéder à une vérification du résultat est réglée à l'art. 11 ODP. (Ordonnance sur les droits politiques).³
- Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité, les dispositions sur les prix ou requérant l'approbation de tarifs, à l'exception des redevances et prestations fournies à des collectivités publiques sont réglées de manière exhaustive par le droit fédéral.⁴
- Une disposition cantonale qui contraint les gestionnaires de réseau à rétribuer l'énergie produite de manière décentralisée, viole la législation fédérale. Les nouveaux art. 7 et 7a LEnE, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, contiennent une réglementation exhaustive.⁵
- D'après le droit fédéral en vigueur, à savoir l'art. 48 en relation avec l'art. 61, 1er a OELP, la juridiction supérieure peut, dans une procédure d'arrestation, prélever un émolumen qui n'excède pas une fois et demie l'émolumen que peut prélever l'autorité de première instance. Tout droit cantonal qui prévoit des émolumens plus élevés n'est pas compatible avec la primauté du droit fédéral.⁶
- La loi sur le travail ne permet pas que, dans des rapports de service de droit public régis par le droit cantonal, le temps de travail supplémentaire ne soit pas directement dédommagé, mais qu'on octroie à la place une prétention salariale supplémentaire.⁷
- En cas de renvoi pour instruction complémentaire, qui revient à obtenir entièrement gain de cause selon le droit fédéral, il n'y a aucune place, même sous l'empire de l'art. 69 al. 1bis LAI,

¹ ATF 138 I 435

² ATF 139 II 470

³ ATF 138 II 5

⁴ ATF 138 I 468

⁵ ATF 138 I 454

⁶ ATF 139 III 195

⁷ ATF 138 I 356

pour une réglementation dérogatoire de droit cantonal prévoyant une mise partielle des frais à la charge de la partie qui obtient gain de cause.⁸

- La LP règle de manière exhaustive la procédure d'exécution forcée même pour les créances pécuniaires de droit public. C'est pourquoi les cantons ne peuvent pas imposer à l'Office des poursuites une obligation d'examen en rapport avec les créances en poursuite qui ne soit pas prévue dans le droit fédéral.⁹
- L'art. 53 LAMal, en relation avec l'art. 83 lettre r LTF, a réglé de manière exhaustive les voies de recours contre les décisions des cantons en matière de listes d'hôpitaux. Une réglementation cantonale qui prévoirait une voie de recours auprès d'un tribunal cantonal contre la liste des hôpitaux parallèlement à la procédure prévue par le droit fédéral auprès du Tribunal administratif fédéral serait donc contraire au droit fédéral.¹⁰
- Le législateur fédéral a réglé de manière exhaustive l'autorisation obligatoire pour l'approbation des plans et l'autorisation d'exploiter les entreprises industrielles (art. 7) et non industrielles (art. 8) dans la loi sur le travail. Une obligation d'obtention d'une autorisation plus étendue imposée par un canton est contraire au principe de la primauté du droit fédéral.¹¹

2. Arrêts en faveur de l'autonomie cantonale

- Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions rendues en application du droit public cantonal régissant la responsabilité pour les actes illicites commis par les médecins engagés dans des hôpitaux publics. Dans ces causes jugées, le droit cantonal doit permettre de recourir auprès d'un tribunal supérieur. Le canton demeure libre dans la désignation de l'autorité de première instance¹².
- Le droit fédéral n'exige pas des cantons qu'ils instaurent un tribunal au sens formel en tant qu'instance de recours contre les décisions des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte¹³.
- Du fait de la structure fédérale de la Suisse, l'organisation des autorités judiciaires cantonales est réglementée différemment selon les cantons. Les cantons ne sont pas tenus d'instaurer un tribunal supérieur pour toutes les affaires de droit public et ne doivent donc pas également prévoir de rémunération unique¹⁴.
- Le contrôle annuel de la libération et de la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle prévu par l'art. 62d al. 1 CP doit être opéré par une autorité judiciaire. La compétence d'une autorité administrative de première instance est toutefois admissible dès lors qu'une voie de

⁸ ATF 137 V 57

⁹ Arrêt 5A_119/2913 du 16.4.2013

¹⁰ Arrêt 2C_399/2012 du 8.6.2012

¹¹ Arrêt 2C_922/2011 du 29.5.2012

¹² ATF 139 III 252.

¹³ ATF 139 III 98.

¹⁴ ATF 138 I 321.

recours avec plein pouvoir d'examen devant une autorité judiciaire est aménagée, garantissant ainsi l'accès au juge¹⁵.

- Dans l'ATF 138 IV 40, le Tribunal fédéral a fait valoir que, dans le cadre de l'art. 65 de la loi sur l'organisation des autorités pénales, les tribunaux cantonaux des mesures de contrainte assurent les tâches qui leur sont déléguées par la Confédération. Considérant le principe fédéraliste de la légalité (art. 164 en rapport avec l'art. 46 Cst. féd.), il ne serait pas acceptable d'appliquer l'art. 65 à la direction générale des douanes car cela serait contraire aux termes de l'article. La compétence des tribunaux des mesures de contrainte des cantons de Berne ou du Tessin pour statuer sur la demande litigieuse de levée des scellés en se fondant sur l'art. 65 LOAP était donc à rejeter.
- Selon l'art. 86, al. 3 LTF, les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal comme instance inférieure au Tribunal fédéral pour statuer sur les décisions revêtant un caractère politique prépondérant. En raison du manque de justiciabilité, les cantons ont en règle générale une plus grande autonomie pour ce qui est des décisions politiques. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la question de savoir comment comprendre une planification de l'enseignement raisonnable (modification des cercles scolaires) doit être considérée comme politique¹⁶.
- Dans le domaine de la santé, y compris la surveillance et la direction des hôpitaux, les cantons sont autorisés à adopter leurs propres réglementations. Cela inclut aussi les tarifications forfaitaires au titre de l'art. 25a LAMal¹⁷.
- En vertu du principe de l'autonomie d'organisation (art. 47, al. 2 Cst.), les cantons sont en principe compétents pour fixer les exigences relatives aux experts judiciaires. Il n'y a aucun silence qualifié du législateur¹⁸.
- Dans l'arrêt 138 I 378, le Tribunal fédéral a jugé que l'extension du champ d'activité de l'assurance Glarnersach de l'assurance immobilière à d'autres assurances de choses correspond à la volonté du législateur, ce qui représente un intérêt public suffisant, d'autant que cet intérêt n'est en tout cas pas de nature purement fiscale.
- Suivant en cela la jurisprudence du Tribunal fédéral, la plupart des cantons qui connaissent le système moniste d'imposition des gains immobiliers ont introduit dans leurs lois fiscales le calcul des gains immobiliers prenant en considération les pertes de gains. Cette jurisprudence ne se réfère toutefois qu'à l'imposition dans les relations intercantoniales. Il ne peut en être déduit que le calcul des pertes dans un système moniste doit être autorisé au titre du droit fédéral¹⁹.

¹⁵ ATF 139 I 51.

¹⁶ Arrêt 2C_85/2011 du 16.7.2012. Les prestations de péréquation financière entre les cantons (arrêts 2C_761/2012 du 12.4.2013 et 2C_739/2013 du 1.9.2013) ne sont pas considérées comme ayant une nature politique au sens de l'art. 86, al. 3 LTF. De même, le caractère politique prépondérant n'a pas été reconnu lors de l'élection des membres de la commission administrative de l'Institut des assurances sociales (« Sozialversicherungsanstalt ») du canton de Saint-Gall (arrêt 8C_353/2013 du 28.8.2013).

¹⁷ Arrêt 2C_728/2011 du 23.12.2011.

¹⁸ Arrêt 2C_121/2011 du 9.8.2011.

¹⁹ Arrêt 2C_747/2010 du 7.10.2011.

- Il appartient aux cantons d'organiser dans le détail la coordination entre la procédure de droit foncier rural et la procédure de constatation de la nature forestière²⁰.
- La réserve de base légale posée par l'art. 13, al. 1 LPD et l'art. 328b CO peut également se référer à une loi du droit public cantonal. Les cantons sont compétents pour déterminer quelles données concernant leurs employés peuvent être traitées par les employeurs et dans quelle mesure ils peuvent transmettre ces données à des tiers²¹.
- Dans l'arrêt 1C_78/2012 du 10.10.2012, le Tribunal fédéral énonce que, dans le système fédéraliste de la Suisse, les cantons sont en règle générale chargés de l'exécution du droit fédéral. Il s'agissait d'examiner de plus près quelles étaient alors les conséquences pour l'obligation de payer l'émolument. En conclusion, le Tribunal constate que le canton est en droit, de facturer à l'ESTI les charges issues du dépôt d'une prise de position en lien avec une procédure d'approbation des plans d'installations électriques dans le sens des commentaires sur la facturation au demandeur dans le cadre d'une décision d'approbation des plans.
- Aux termes de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 138 I 265), une disposition de l'ordonnance sur l'aide sociale du canton de Berne, selon laquelle il existe une obligation de communiquer le revenu imposable et le patrimoine à l'organisation SPITEX, est compatible avec le droit fédéral.
- La loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels n'exclut pas que les cantons délimitent le cercle des organisateurs ou interdisent complètement les loteries²².
- Des objectifs de promotion de la loi sur l'université et des concordats en la matière, on ne peut déduire aucune obligation selon laquelle les hautes écoles invoquées devraient organiser de manière identique leurs diplômes et leurs modalités d'examen²³.
- Les cantons jouissent d'une grande liberté d'organisation dans le domaine de l'enseignement spécialisé. Les exigences minimales de droit fédéral leur imposent uniquement d'offrir à l'enfant une formation adéquate que l'expérience juge suffisante au sein de l'école publique et qui favorise l'intégration de l'enfant handicapé et non pas une scolarisation optimale voire la plus adaptée. En l'espèce, l'instance précédente pouvait sans arbitraire arriver à la conclusion que l'enseignement spécialisé en école ordinaire doublé de mesures de soutien adaptées à l'enfant handicapé (logopédie, etc.) avait au moins la même valeur qu'un enseignement en institution séparée²⁴.
- Les normes de la loi tessinoise sur l'école, qui réglementent l'usage de l'italien en matière scolaire, en le rendant obligatoire pour l'enseignement à l'école publique et, à certaines conditions, au sein des écoles privées, constituent en même temps une mesure de sauvegarde de

²⁰ ATF 137 II 182.

²¹ ATF 138 I 331.

²² Arrêt 2C_859/2010 du 17.1.2012.

²³ Arrêt 2D_6/2013 du 19.6.2013.

²⁴ ATF 138 I 162.

l'identité de la Suisse italophone. Ces normes sont partant justifiées par un intérêt public prépondérant²⁵.

- Les cantons sont légitimés par l'art. 335 al. 1 CP à réprimer la « randonnée naturiste » sur le domaine public²⁶.
- D'après l'arrêt 138 I 232 du Tribunal fédéral, il n'est pas arbitraire de considérer que le droit cantonal de la fonction publique peut s'écarte des standards minimaux du CO en matière de contrat de travail.
- Une importante marge d'appréciation est garantie aux cantons en matière de planification sanitaire²⁷ et de planification hospitalière²⁸.
- Il relève de la compétence des cantons de déterminer sous quelles conditions et de qui est dû un remboursement de ce type de prestations de l'aide sociale de droit public et dans le cadre de quelle procédure elle peut être fixée de manière contraignante²⁹.
- L'obligation de spécifier le loyer fixé par l'autorité ne va pas à l'encontre du principe de la force dérogatoire du droit fédéral³⁰.
- Au regard de la liberté de conscience et de croyance et en référence au principe de la généralité de l'impôt, il n'est pas important de savoir si l'État finance le salaire des pasteurs au moyen des fonds généraux (canton de Berne) ou s'il a mis en place des contributions affectées à des fins religieuses pour les églises reconnues et que celles-ci financent les salaires de leurs religieux³¹.

3. Arrêts au détriment de l'autonomie cantonale

- D'après l'arrêt 139 I 195 concernant la procédure d'élection à la proportionnelle du parlement cantonal de Zoug, il ne relève pas du Tribunal fédéral de fixer, à la place des organes cantonaux compétents, selon quelle procédure d'élection doivent être répartis les sièges au sein du Parlement cantonal. En l'espèce, le Tribunal fédéral a cependant limité l'autonomie d'organisation des cantons car la réglementation du canton de Zoug n'était manifestement pas conforme à la Constitution fédérale³².
- La protection contre les immissions accordée par le droit civil fédéral conserve sa valeur de garantie minimale lorsque les dispositions du droit public cantonal des constructions se révèlent insuffisantes pour protéger les voisins de manière adéquate³³.
- Une sélection des défenseurs d'office fondée sur l'appartenance à un parti politique viole l'interdiction de discrimination³⁴.

²⁵ ATF 138 I 123.

²⁶ ATF 138 IV 13.

²⁷ Cf. ATF 138 I 410; 138 II 191.

²⁸ ATF 138 II 398.

²⁹ Arrêt 8C_254/2011 du 7.7.2011.

³⁰ Arrêt 1C_496/2012 du 12.2.2013.

³¹ ATF 138 I 55.

³² Cf. sur ce point le rapport, ch. II-B, p. 4.

³³ ATF 138 III 49.

³⁴ ATF 138 I 217.

- Le canton de Zoug n'est certes pas obligé, d'après l'arrêt 137 I 305 du Tribunal fédéral, de renouveler ou de créer une commission pour l'égalité entre homme et femme ou un bureau de l'égalité; en revanche, il est obligé au titre de l'art. 8 al. 3 Cst. et du § 5 al. 2 Cst./ZG d'adopter une solution de remplacement, c'est-à-dire de prévoir par qui, comment et avec quels moyens la tâche d'égalité doit être mise en œuvre à l'avenir. Renoncer à adopter des mesures étatiques (ou financées par l'État) visant à garantir l'égalité effective entre homme et femme serait inconstitutionnel³⁵.
- Le principe du pollueur payeur de l'art. 32a LPE exclut un financement de l'élimination des déchets urbains par l'impôt et exige un financement par le biais de taxes causales incitatives. Les collectivités peuvent écarter ce mode de financement lorsqu'elles peuvent démontrer concrètement que l'application stricte du principe de causalité aurait pour résultat de compromettre l'élimination des déchets urbains selon les principes de la protection de l'environnement³⁶.
- L'exigence légale selon laquelle le responsable d'un salon de prostitution ou d'une agence d'escorte doit obtenir l'accord préalable du propriétaire de l'immeuble pour y exploiter son établissement viole la liberté économique³⁷.
- Une loi cantonale portant sur la construction de logements sociaux, qui répertorie les bâtiments ne percevant aucune aide fédérale au titre de la LCAP, ne doit pas s'écarte des art. 257a, al. 1 CO et 257b, al. 1, CO et permettre au bailleur de facturer comme charges les dépenses liées à l'existence du bien immobilier lui-même.
- La loi sur le CO2 n'interdit pas de manière générale aux cantons d'édicter des dispositions sur les centrales thermiques fossiles. Il n'est en revanche pas acceptable que soit envisagée dans une prescription communale réglant l'exploitation l'implantation de nouvelles centrales thermiques fossiles qui peuvent à peine être exploitées de manière rentable³⁸.
- L'interdiction de fumer du § 34 LHR/BS (Loi sur l'hôtellerie-restauration) est compatible avec l'organisation fédérale des compétences et ne porte pas atteinte au principe de force dérogatoire du droit fédéral³⁹.
- Une initiative qui prévoit d'autoriser la déductibilité des primes d'assurance-maladie des impôts va à l'encontre des dispositions fédérales de la LHID et par là-même à l'encontre du principe de primauté du droit fédéral⁴⁰.
- L'art. 9 al. 3 de la loi sur l'exercice de la prostitution (17.03.2010) du canton FR prévoit que si le titulaire de l'autorisation n'est pas propriétaire de l'immeuble dans lequel sont situés les locaux concernés, il doit avoir le consentement préalable du propriétaire. Le Tribunal fédéral considère

³⁵ ATF 137 I 305; cf. sur ce point le rapport, ch. II-B, p. 4.

³⁶ ATF 137 I 257.

³⁷ ATF 137 I 167.

³⁸ Arrêt 1C_36/2011 du 8.2.2012.

³⁹ Arrêt 2C_912/2012 du 7.7.2013 (proposé pour la publication).

⁴⁰ Arrêt 1C_302/2012 du 27.2.2013.

cette disposition comme problématique puisqu'elle peut entrer en conflit avec le droit privé du bail et ainsi violer le principe de la primauté du droit fédéral⁴¹.

- Dans le cadre d'une révision de sa législation fiscale, le canton de Thurgovie a prévu de concevoir la réglementation jusque là en vigueur de telle manière que les rentes-viagères en cours ne soient plus soumises à l'impôt sur la fortune. Cette nouvelle réglementation ne résiste pas au droit de l'harmonisation de la Confédération⁴².
- Lorsque la réduction pour participations est supérieure à 100 %, l'interdiction du traitement fiscal discriminatoire en matière de double imposition intercantonale a pour effet de contraindre le canton de situation des immeubles de placement à absorber le surplus de réduction non utilisé⁴³.

4. Le droit civil et le droit de la procédure pénale en particulier

- Le canton peut continuer à fixer les honoraires d'avocat pour l'assistance judiciaire gratuite dans le cadre de l'actuelle jurisprudence⁴⁴ et adopter des réglementations générales sur l'organisation des honoraires des avocats⁴⁵.
- L'art. 116 al. 1 CPC permet au droit cantonal d'accorder des dispenses plus larges que le droit fédéral aussi bien en matière de frais judiciaires que de dépens⁴⁶.
- Le code de procédure civile réglemente de manière exhaustive les questions de la comparution et du défaut à l'audience de conciliation⁴⁷.
- Il est permis aux cantons, pour des motifs économiques et pour éviter des décisions contradictoires, de prévoir une compétence matérielle unique⁴⁸ (ou différente⁴⁹) pour des consorités passives simples.
- Suite à l'arrêt ATF 137 III 217, l'art. 165 al. 2 ORC peut se fonder sur la norme de délégation de l'art. 929 al. 1 CO et il est compatible avec le principe de la double instance ancré à l'art. 75 al. 2 LTF. Les cantons n'ont dans ce domaine aucune souveraineté en matière d'organisation, sans compter que le législateur fédéral ne voulait pas déléguer aux cantons la réglementation de l'instance de recours dans le domaine clé du droit de la procédure civile.
- L'expulsion d'un locataire peut être obtenue par voie de procédure sommaire uniquement lorsqu'il s'agit d'un cas clair selon l'art. 248 let. b en relation avec l'art. 257 CPC. Une règle cantonale qui entend soumettre de façon générale l'expulsion de locataires à la procédure som-

⁴¹ Arrêt 2C_990/2012 du 7.5.2013.

⁴² ATF 138 II 311.

⁴³ ATF 138 I 297.

⁴⁴ ATF 137 III 185.

⁴⁵ Arrêt 4A_2/2013 du 12.6.2013.

⁴⁶ ATF 139 III 182.

⁴⁷ Arrêt 4C_1/2013 du 25.6.2013.

⁴⁸ ATF 138 III 471.

⁴⁹ Arrêt 4A_239/2013 du 9.9.2013.

maire au sens de l'art. 248 let. a en relation avec l'art. 250 CPC transgresse le principe de force dérogatoire du droit fédéral⁵⁰.

- Les cantons conservent certes la souveraineté en matière tarifaire pour les frais résultant des actions en justice devant leurs instances (art. 96 CPC), mais seulement dans la mesure où le droit fédéral n'a pas déjà prévu une réglementation, qui prime sur le droit cantonal. Cela vaut notamment pour les affaires soumises à la procédure sommaire dans le cadre de la LP. L'émolument pour les décisions judiciaires se fonde dans ces cas-là sur les art. 48 et 61, al. 1 OELP⁵¹.
- Il ne découle (plus) de l'art. 321 ch. 3 CP (contrairement à l'opinion du ministère public) aucune compétence des cantons pour ce qui est de la réglementation de l'obligation de témoigner en dérogation à l'art. 171, al. 1-2 CPP ou de la suppression complète du secret médical dans les cas de lésions corporelles graves ou d'autres infractions⁵².
- Un canton est autorisé à exercer un recours contre une décision de sa Haute cour lorsque la décision attaquée a une influence négative sur le fonctionnement des organes de l'État. L'intérêt à un appareil d'État qui fonctionne est fondamental pour la collectivité et doit donc être reconnu comme digne de protection (art. 89, al. 1 LTF). En l'espèce, il s'agissait d'une décision du Tribunal cantonal de Zurich selon laquelle le canton de Zurich n'avait pas correctement transposé la disposition de l'art. 7, al. 2, lettre b CPP (protection des autorités contre les poursuites pénales) en adoptant la disposition du § 148 GOG⁵³.
- Les cantons peuvent également prévoir une autorité judiciaire comme autorité compétente pour autoriser l'ouverture d'une poursuite pénale (art. 7, al. 2, lettre b CPP). Les cantons sont également autorisés à renoncer à effectuer une différence entre les fonctionnaires cantonaux et communaux. En considérant les exigences en matière d'autorisation d'ouverture d'une poursuite pénale, il y a pour les deux catégories l'exigence de protéger les fonctionnaires contre toute poursuite pénale abusive⁵⁴.

⁵⁰ ATF 139 III 38.

⁵¹ Arrêt 5A_28/2013 du 15 avril 2013.

⁵² Arrêt 1B_96/2013 du 20.8.2013.

⁵³ ATF 137 III 269.

⁵⁴ Ibidem.