



Rapport

Date de la séance du CE : 3 mars 2021
Direction : Chancellerie d'Etat
Numéro d'affaire : 2020.STA.1376
Classification : Nicht klassifiziert

Modification de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (Loi d'organisation, LOCA)

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Situation initiale	2
2.1	Droit en vigueur	2
2.2	Ordonnances de nécessité lors de la crise du coronavirus – notamment l'ordonnance sur les mesures urgentes destinées à maîtriser la crise du coronavirus (OCCV)	3
2.3	Vide juridique concernant la prise de décisions par conférence téléphonique, visioconférence ou voie de circulation	4
3.	Caractéristiques de la nouvelle réglementation	4
3.1	Nouvelle base juridique pour la prise de décisions du Conseil-exécutif sans réunion physique de tout ou partie de ses membres	4
3.1.1	But et contenu de la réglementation	4
3.1.2	Réglementation dans la loi d'organisation	5
3.1.3	Relation avec la décision présidentielle au sens de l'article 15 LOCA	5
3.2	Prise de connaissance a posteriori des décisions présidentielles par le Conseil-exécutif	6
4.	Forme de l'acte	7
5.	Droit comparé	7
5.1	Situation au sein de la Confédération	7
5.2	Situation dans certains cantons	8
6.	Commentaires des articles et de l'entrée en vigueur rétroactive	8
7.	Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	10
8.	Répercussions financières	10
9.	Répercussions sur le personnel et l'organisation	10
10.	Répercussions sur les communes	10
11.	Répercussions sur l'économie	10
12.	Proposition	10

1. Synthèse

La présente modification de la loi d'organisation (LOCA) instaurera la base juridique nécessaire qui permettra au Conseil-exécutif de délibérer des affaires et de prendre des décisions sans la réunion physique de tous ou partie de ses membres. Comme la crise du COVID-19 l'a montré, le Conseil-exécutif doit avoir la possibilité de statuer par téléphone, par visioconférence ou par voie de circulation. En vertu du projet de modification, le Conseil-exécutif peut faire appel à ces nouvelles solutions « lorsque les circonstances l'exigent ». Cette formulation étant ouverte, le Conseil-exécutif peut renoncer au présentiel également en-dehors des cas de catastrophe ou des situations d'urgence. L'objectif de cette nouvelle réglementation est d'accroître la marge de manœuvre et la flexibilité du Conseil-exécutif.

La modification permettra en outre aux décisions présidentielles qui incombent au président ou à la présidente du gouvernement dans les cas d'urgence particulière d'être soumises sans délai au Conseil-exécutif non plus pour approbation mais pour prise de connaissance.

Etant donné qu'il s'agit d'un projet revêtant peu d'importance au sens de l'article 5, alinéa 2 de l'ordonnance du 26 juin 1996 sur les procédures de consultation et de corapport (OPC ; RSB 152.025), il n'y a pas eu lieu de lancer une procédure de consultation.

2. Situation initiale

2.1 Droit en vigueur

L'article 3 alinéa 1 LOCA dispose que le Conseil-exécutif prend en collège les décisions fondamentales et les décisions de grande portée. Selon le rapport sur la loi d'organisation, il est dit très clairement ici que le Conseil-exécutif est une autorité collégiale et qu'il assume en tant que telle la responsabilité des activités gouvernementales. Les décisions fondamentales et les décisions de grande portée concernent en particulier le programme gouvernemental de législature, le plan financier et d'autres plans, les ordonnances ainsi que les décisions importantes concernant les finances et le personnel.¹

L'article 4 LOCA règle les délibérations du Conseil-exécutif : il se réunit aussi souvent que les affaires l'exigent (art. 4, al. 1 LOCA) ; il consacre des entretiens particuliers et des journées de réflexion aux enjeux fondamentaux (art. 4, al. 2 LOCA) ; chaque membre du Conseil-exécutif peut en tout temps demander la convocation d'une séance (art. 4, al. 3 LOCA).

L'article 5 LOCA règle quant à lui la prise de décisions du Conseil-exécutif : le Conseil-exécutif délibère valablement si quatre au moins de ses membres sont présents (art. 5, al. 1 LOCA). Il prend ses décisions à la majorité des voix. Pour être valable, une décision doit réunir les voix de trois membres au moins. L'abstention n'est pas admise (art. 5, al. 2 LOCA). Le président ou la présidente du gouvernement vote. En cas d'égalité des voix, son vote compte double (art. 5, al. 3 LOCA). En cas de catastrophe ou en situation d'urgence, les décisions sont arrêtées conformément à la loi sur les secours en cas de catastrophe et la défense général (art. 5, al. 4 LOCA).

Certes, les dispositions que nous venons de citer ne prévoient pas expressément la présence physique des membres du Conseil-exécutif aux séances. Les formulations des articles 4, alinéa 1 (« se réunit ») et 5, alinéa 1 LOCA (« sont présents ») le laissent toutefois présumer. C'est dans cet esprit que l'ordon-

¹ Rapport du 12 septembre 1994 présenté par la Direction des finances au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil concernant la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (Loi d'organisation, LOCA), Journal du Grand Conseil du canton de Berne 1995, annexe 29 (ci-après : rapport LOCA), p. 7, commentaire de l'article 3. Concernant les décisions fondamentales et les décisions de grande portée, voir également l'article 4 de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation du Conseil-exécutif (ordonnance d'organisation CE, OO CE ; RSB 152.11).

nance sur l'organisation du Conseil-exécutif (ordonnance d'organisation CE, OO CE) établit que le Conseil-exécutif siège en règle générale à l'Hôtel du gouvernement à Berne (art. 1, al. 1 OO CE) et tient en règle générale sa séance hebdomadaire le mercredi (art. 2 al. 1 OO CE). Le recours à l'expression « en règle générale » dans les dispositions précitées fixant le siège et le jour des séances du Conseil-exécutif laissent toutefois la possibilité de déroger au principe établi. Au cours des années passées (avant la crise du COVID-19), la pratique a cependant montré que le Conseil-exécutif a toujours pris ses décisions ordinaires lors de la réunion physique de ses membres. Aussi la dérogation introduite par « en règle générale » concerne-t-elle le siège de la séance – celle-ci peut avoir lieu « extra muros », hors de l'Hôtel du gouvernement – et la régularité des séances. La loi d'organisation en vigueur ne laisse aucune possibilité de déroger à l'obligation pour les membres du Conseil-exécutif de se réunir physiquement dans un même lieu pour délibérer.

L'article 5, alinéa 4 LOCA renvoie à la prise de décisions en cas de catastrophe ou en situation d'urgence conformément à la loi cantonale sur la protection de la population et sur la protection civile (LCPPCi). L'article 10, alinéa 1 LCPPCi établit que les autorités s'efforcent de garantir leur capacité d'agir dans le cadre des structures ordinaires et veillent à assurer un état de préparation approprié. La LCPPCi ne précise néanmoins pas de quelle manière le Conseil-exécutif peut prendre ses décisions dans les situations de crise.

2.2 Ordonnances de nécessité lors de la crise du coronavirus – notamment l'ordonnance sur les mesures urgentes destinées à maîtriser la crise du coronavirus (OCCV)

Pour répondre à la crise du coronavirus, qui a débuté en février-mars 2020, le Conseil-exécutif du canton de Berne a édicté plusieurs ordonnances de nécessité, conformément à l'article 91, alinéa 1 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC ; RS 101.1). En vertu de cet article, le Conseil-exécutif peut, sans base légale, prendre des mesures afin de parer à des troubles actuels ou imminents menaçant la sécurité et l'ordre public ainsi qu'à des situations de crise sociale. Les ordonnances édictées dans ces circonstances sont immédiatement soumises à l'approbation du Grand Conseil; elles sont caduques au plus tard un an après leur entrée en vigueur.

Le 20 mars 2020, le Conseil-exécutif adopta, en vertu de l'article 91, alinéa 1 ConstC l'ordonnance sur les mesures urgentes destinées à maîtriser la crise du coronavirus (OCCV ; RSB 101.2). Sous le chapitre 7 intitulé « Organisation » de cette ordonnance, l'article 14, alinéa 1 OCCV dispose comme suit :

« Le Conseil-exécutif peut arrêter une décision en conférence téléphonique, en visioconférence ou par voie de circulation. »

L'article 14 OCCV est entré en vigueur le 21 mars 2020 et reste valable jusqu'au 20 mars 2021 (art. 15, al. 1, lit. a et art. 15, al. 2, lit. n OCCV).

Le Grand Conseil a approuvé l'OCCV le 3 juin 2020 par 140 voix contre huit et trois abstentions. Le document consignait les décisions du Grand Conseil indique que l'article 14 OCCV a été adopté sans discussion². Le 31 août 2020, le Grand Conseil a approuvé la prolongation de la durée de validité de l'article 14 OCCV jusqu'au 20 mars 2021 par 147 contre deux voix.³

² Cf. Affaire n°2020.RRGR.125.

³ Cf. Affaire n°2020.RRGR.212.

2.3 Vide juridique concernant la prise de décisions par conférence téléphonique, visioconférence ou voie de circulation

Dès que l'ordonnance de nécessité aura perdu sa validité, le Conseil-exécutif n'aura de nouveau plus de base juridique pour prendre des décisions par conférence téléphonique, par visioconférence ou par voie de circulation. La loi cantonale du 19 mars 2014 sur la protection de la population et sur la protection civile (LCPPCi ; RSB 521.1) ne contient pas non plus de disposition en ce sens. La présente modification de la LOCA vise à instaurer une base légale en bonne et due forme permettant au Conseil-exécutif de délibérer des affaires et d'arrêter des décisions sans réunion physique de tout ou partie de ses membres (voir ch. 3.1 pour le contenu de la modification).

3. Caractéristiques de la nouvelle réglementation

3.1 Nouvelle base juridique pour la prise de décisions du Conseil-exécutif sans réunion physique de tout ou partie de ses membres

3.1.1 But et contenu de la réglementation

La présente modification de la LOCA instaurera une base légale qui permettra au Conseil-exécutif de délibérer des affaires et d'arrêter des décisions sans réunion physique de tout ou partie de ses membres. Comme l'a montré la crise du COVID-19, le Conseil-exécutif doit avoir la possibilité, selon les circonstances, de prendre des décisions particulièrement urgentes par conférence téléphonique, par visioconférence ou par voie de circulation.

Conformément au nouvel alinéa 4 de l'article 4 LOCA, le Conseil-exécutif peut, lorsque les circonstances l'exigent, délibérer des affaires par conférence téléphonique, par visioconférence ou par d'autres moyens tels que par écrit, c'est-à-dire par voie de circulation. Ouvrir ainsi les possibilités de négociation donne plus de liberté d'action au Conseil-exécutif. La teneur de la loi s'appuie sur la réglementation cantonale de l'OCCV (« conférence téléphonique », « visioconférence », « voie de circulation ») ainsi que la réglementation fédérale (« par d'autres moyens », « si les circonstances l'exigent, cf. ch. 5.1 ci-dessous) et doit être formulée de manière neutre, technologiquement parlant (« ou par d'autres moyens »).

Le présent projet donne la possibilité de prendre des décisions par conférence téléphonique, par visioconférence ou par voie de circulation « lorsque les circonstances l'exigent ». La formulation de cette condition reste ouverte pour donner le plus de liberté possible au Conseil-exécutif pour arrêter des décisions selon l'une ou l'autre des nouvelles modalités prévues. Ainsi, l'expression « circonstances » ne renvoie pas seulement aux catastrophes ou aux situations d'urgence. D'après la loi cantonale sur la protection de la population et sur la protection civile, une catastrophe ou une situation d'urgence est une mise en danger imminente de la sécurité et de l'ordre publics ou une situation de détresse sociale qui ne peuvent plus être maîtrisées avec les seuls moyens et compétences prévus pour les situations ordinaires (art. 2, al. 1 LCPPCi). Le caractère urgent d'une affaire peut obliger le Conseil-exécutif à tenir une séance extraordinaire qui sera probablement plus facilement et plus rapidement organisée avec les nouvelles modalités que selon la procédure traditionnelle. Enfin, cette nouvelle réglementation autorise l'organisation de séances du Conseil-exécutif en dépit de l'absence de certains de ses membres (maladie, accident, quarantaine ou similaire).

La nouvelle réglementation permettrait également que plusieurs membres du Conseil-exécutif se réunissent physiquement et que ceux ne pouvant être présents puissent participer à distance, par téléphone ou visioconférence.

Conformément à l'article 4, alinéa 3 LOCA, chaque membre du Conseil-exécutif peut en tout temps demander la convocation d'une séance. La présente révision ne change rien à ce principe. Il n'y a pas lieu ici de préciser dans quelle mesure les membres du Conseil-exécutif pourront influencer sur le choix du mode de délibération. Il suffit de régler la compétence pour le choix du mode de délibération et le processus de décision y relatif – si nécessaire (cf. art. 13 LOCA) – par voie d'ordonnance. Au surplus, les dispositions relatives à la prise de décisions au sens de l'article 5 LOCA valent également pour les nouvelles modalités de délibération.

3.1.2 Règlementation dans la loi d'organisation

La nouvelle réglementation apporte une possibilité supplémentaire pour les délibérations du gouvernement et doit dès lors être introduite dans la loi régissant l'organisation du Conseil-exécutif. Le recours à ce nouveau mode de délibération n'est pas limité aux cas de catastrophe et aux situations d'urgence, c'est pourquoi il n'y a pas lieu d'introduire la nouvelle réglementation dans la loi cantonale sur la protection de la population et sur la protection civile. L'alinéa 4 de l'article 5 LOCA en ce sens, qui établit qu'en cas de catastrophe ou en situation d'urgence, les décisions sont arrêtées conformément à la loi sur les secours en cas de catastrophe et la défense générale, est abrogé.

La Confédération, qui dispose elle aussi d'une réglementation similaire, prévoit également cette possibilité dans l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (cf. ch. 5.1).

3.1.3 Relation avec la décision présidentielle au sens de l'article 15 LOCA

L'article 15, alinéa 1 LOCA établit que, dans les cas d'urgence particulière, le président ou la présidente du gouvernement ordonne des mesures provisoires. S'il est impossible de réunir le Conseil-exécutif en séance ordinaire ou extraordinaire, le président ou la présidente décide en lieu et place du gouvernement. Selon l'article 15, alinéa 2 LOCA, le président ou la présidente du gouvernement peut en outre à titre exceptionnel décider en lieu et place du Conseil-exécutif s'il ne peut y avoir de doute quant à la manière de régler l'affaire. L'article 15, alinéa 3 établit que les décisions présidentielles au sens du 1^{er} et du 2^e alinéa sont soumises sans délai au Conseil-exécutif pour approbation. Conformément à l'article 15, alinéa 4 LOCA, le Conseil-exécutif peut déléguer au président ou à la présidente du gouvernement la compétence exclusive de régler des affaires de caractère formel.

Concernant l'article 15 LOCA, le rapport établit que le gain de temps résultant des décisions présidentielles permet de renforcer la capacité d'action du collège gouvernemental.⁴

Au vu de la formulation de la deuxième phrase de l'article 15, alinéa 1 LOCA, les décisions présidentielles ne peuvent être prises que s'il est impossible de réunir le Conseil-exécutif en séance ordinaire ou extraordinaire. Les réunions en séance ordinaire désignent les séances hebdomadaires qui ont en règle générale lieu le mercredi et dont les dates sont fixées au préalable chaque année (cf. art. 2 al. 1 et 2 OO CE). Aux séances ordinaires peuvent s'ajouter des séances supplémentaires. Chaque membre du Conseil-exécutif peut en tout temps demander la convocation d'une séance supplémentaire – ou extraordinaire – au président ou à la présidente du gouvernement (art. 4, al. 3 LOCA et art. 2, al. 3 OO CE). Ces séances extraordinaires du Conseil-exécutif ont en règle générale également lieu à l'Hôtel du gouvernement (art. 1, al. 1 OO CE). Compte tenu de l'esprit et de la finalité de l'article 15 LOCA – une décision présidentielle se substitue à une décision du Conseil-exécutif lorsque ses membres ne peuvent délibérer – la distinction entre séance ordinaire et séance extraordinaire a été supprimée à l'article 15, alinéa 1 LOCA. En outre, cette précision serait de toute façon plus à sa place, au regard de la systématique, à

⁴ Rapport sur la LOCA, p. 8, commentaire de l'art. 15.

l'article 4 LOCA « Délibérations ». Une distinction entre « séance ordinaire » et « séance extraordinaire » peut cependant être proposée au niveau de l'ordonnance, comme indiqué dans le droit en vigueur aux articles 1 et suivants de l'OO CE précités (en particulier l'art. 2 OO CE).

Les nouveaux modes de délibération du Conseil-exécutif prévus sont des délibérations ou séances du collège gouvernemental, lesquelles sont à privilégier par rapport à la décision présidentielle.

Le nouveau texte de loi – à la différence de la réglementation au niveau fédéral (cf. ch. 5.1) – renonce à établir explicitement que les décisions présidentielles au sens de l'article 15 LOCA restent réservées. La hiérarchie – la délibération du Conseil-exécutif précède la décision individuelle du président ou de la présidente du Conseil-exécutif – ressort de la formulation de la deuxième phrase de l'article 15, alinéa 1 LOCA et de la systématique de loi d'organisation, et le nouvel alinéa 4 de l'article 4 LOCA ne change rien à cela. Le nouveau mode de délibération est assimilé à une délibération du Conseil-exécutif.

Pour résumer, nous pouvons dire que la décision présidentielle est toujours subsidiaire et vient après toutes les formes possibles de délibérations collégiales du Conseil-exécutif (séance ordinaire, extraordinaire, physiquement sur place, par visioconférence, etc.).

3.2 Prise de connaissance a posteriori des décisions présidentielles par le Conseil-exécutif

Dans le droit actuellement en vigueur, les décisions présidentielles sont soumises sans délai au Conseil-exécutif *pour approbation* (art. 15, al. 3 LOCA). Cette disposition doit être modifiée de manière à ce que les décisions présidentielles du Conseil-exécutif ne soient plus soumises sans délai que *pour prise de connaissance*.

Cette modification s'explique par les considérations suivantes :

- *Esprit et finalité des décisions présidentielles* : le recours à la décision présidentielle intervient dans des cas d'urgence particulière, lorsqu'il est impossible pour le Conseil-exécutif de se réunir en séance (cf. art. 15, al. 1 LOCA). Compte tenu de l'urgence, cette décision présidentielle ne peut qu'être une décision *définitive* ne devant pas requérir d'approbation a posteriori. Dans les cas où les circonstances permettraient d'attendre une décision définitive de l'ensemble du gouvernement, il ne serait pas nécessaire de recourir à une décision présidentielle.
- *Sécurité du droit* : les décisions présidentielles peuvent aussi fixer les droits et les devoirs de personnes et avoir le caractère de décisions administratives. Les sujets de droit doivent pouvoir avoir l'assurance que la décision prise est définitive et ne risque pas de se heurter a posteriori au refus du gouvernement.
- *Décision pro forma du Conseil-exécutif* : comme la décision présidentielle revêt en réalité un caractère définitif, il est très rare que le gouvernement ne l'approuve pas. Le Conseil-exécutif est dès lors considérablement limité dans sa liberté de décision et l'approbation a posteriori est une simple formalité.
- *Constitution du canton de Berne* : le commentaire de la Constitution indique, concernant l'article 84, alinéa 1 ConstC, que le texte laisse une certaine latitude au législateur pour transférer certaines compétences de prise de décision au président ou à la présidente du gouvernement. Cette délégation doit être possible pour ce qui est de la préparation des décisions et en partie la prise de décision. Il est toutefois déterminant que ces compétences présidentielles n'entachent pas le principe de responsabilité collective du gouvernement⁵. En résumé, on peut conclure que la Constitution du canton de Berne laisse au législateur le soin de décider *si* autoriser ou non des décisions présidentielles et *comment* le

⁵ Urs BOLZ in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, commentaire de l'article 84, n. 2.b.

gouvernement doit se prononcer sur cette décision a posteriori. En vertu de la Constitution, les décisions présidentielles peuvent donc être soumises au gouvernement pour simple prise de connaissance.

Il convient de noter qu'une décision présidentielle n'est envisageable que s'il est impossible de réunir le Conseil-exécutif en séance (art. 15, al. 1, phrase 2 LOCA). La présidente ou le président du Conseil-exécutif est dès lors tenu d'essayer de convoquer une séance avant de prendre une décision présidentielle. Si sa tentative échoue, les raisons qui rendent impossible la tenue d'une séance doivent être présentées de façon compréhensibles dans la décision présidentielle elle-même.

Grâce à ce nouveau mode de délibération, moins de décisions présidentielles devront être prises. C'est une chose positive, d'une part parce que les décisions du gouvernement jouissent d'une plus grande légitimité que les décisions présidentielles, d'autre part parce que les décisions fondamentales et de grande portée doivent être prises en collège (art. 3, al. 1 LOCA).

4. Forme de l'acte

La présente modification de la loi va compléter l'article 4 LOCA relatif aux délibérations du Conseil-exécutif en y introduisant un nouveau mode de délibération qui permettra au Conseil-exécutif de siéger sans la réunion physique de tous ou partie de ses membres. Etant donné que la loi d'organisation mentionne spécifiquement la présence physique des membres du Conseil-exécutif aux séances (cf. ch. 2.1), cette nouvelle réglementation doit être inscrite dans la loi.

5. Droit comparé

5.1 Situation au sein de la Confédération

Sur le plan fédéral, la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA ; RS 172.010) ne précise pas de quelle manière la prise de décision en collège a lieu, que ce soit en la présence des membres du Conseil fédéral ou par conférence téléphonique⁶. Au niveau de l'ordonnance, à l'article 1, alinéa 4 de l'ordonnance fédérale du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1), il est établi comme suit : *Si les circonstances l'exigent et que le temps lui manque pour se réunir, le Conseil fédéral peut délibérer des affaires visées à l'al. 2, par écrit ou par d'autres moyens. Les décisions qui en résultent sont équivalentes à celles qui sont prises au cours des séances. Les décisions présidentielles selon l'art. 26, al. 1 à 3, LOGA, sont réservées.* »

L'article 1, alinéa 4 OLOGA se réfère aux « affaires visées à l'al. 2 ». L'article 1, alinéa 2 est le suivant : « Les décisions portant sur des affaires de grande importance ou ayant une portée politique sont prises à la suite de délibérations séparées. Les affaires d'importance primordiale peuvent être traitées lors de séances spéciales. »

Cette disposition a été adoptée dans la version originale de l'OLOGA, en 1998 (RO 1999 1258) et sa formulation a simplement été légèrement adaptée, en allemand seulement, le 21 août 2002 (« Präsidialentscheide » ayant remplacé « Präsidialverfügungen », cf. RO 2002 2827).

Les décisions présidentielles ont en outre la particularité de devoir être soumises après coup à la ratification du Conseil fédéral (art. 26, al. 3 LOGA).

⁶ THOMAS SÄGESSER in: Stämpfli Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG), Berne 2007, art. 13, n. 17.

5.2 Situation dans certains cantons

Le canton de *Thurgovie* a modifié son règlement du Conseil-exécutif du 19 décembre 1989 (GRR; RS TG 172.1) au 1^{er} juillet 2020. En vertu des modifications introduites à l'article 6, les décisions urgentes peuvent être prises, sur arrêté de la présidente ou du président, par voie de circulation ou lors d'une séance virtuelle, et faire l'objet d'un procès-verbal écrit. Ces décisions sont adoptées si au moins trois membres acceptent la proposition.

Le canton de *Zoug* dispose d'un règlement relatif aux décisions par voie de circulation et aux décisions urgentes à l'article 16 de l'arrêté du Grand Conseil du 26 septembre 2013 sur le règlement d'organisation du Conseil-exécutif (GO RR ; RS ZG 151.1). Selon cet article 16, alinéa 1 GO RR, le Conseil d'Etat peut, sur proposition d'un de ses membres, prendre des décisions par voie de circulation et décider de siéger par téléphone, visioconférence ou autre en cas de catastrophe et de situations d'urgence. Chaque membre du Conseil d'Etat et le chancelier ou la chancelière d'Etat peuvent former opposition dans un délai raisonnable et demander à ce que l'affaire soit traitée dans le cadre d'une séance formelle.

Le gouvernement du canton de *Soleure* peut, en cas d'urgence et sur proposition d'un Département ou de la Chancellerie d'Etat, statuer par voie de circulation (§ 5 de la loi du 7 février 1999 sur l'organisation du Conseil-exécutif et l'administration, RVOG ; RS SO 122.111]). Comme pour les décisions ordinaires, une décision par voie de circulation doit également obtenir au minimum trois voix (§ 5 en relation avec le § 4, al. 3 RVOG).

Le canton de *Bâle-Campagne* prévoit la possibilité, pour le président ou la présidente du gouvernement, d'ordonner, en cas d'urgence, qu'une décision soit prise par voie de circulation. Les décisions par voie de circulation doivent obtenir au minimum trois voix au sein du gouvernement (§ 9, al. 1 et 2 de la loi du 28 septembre 2017 sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration du canton de Bâle-Campagne, RVOG-BL; RS BL 140).

Concernant les décisions présidentielles, le canton de *Lucerne* prévoit que le Conseil-exécutif en soit informé a posteriori (§ 9, al. 3 de la loi sur l'organisation, OG ; RS LU 20).

Dans le canton d'*Argovie*, les décisions présidentielles doivent être soumises au Conseil d'Etat pour prise de connaissance à sa séance suivante (§ 21, al. 2 de la loi du 26 mars 1985 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale [RS AG153.100]).

Le canton de *Zurich* prévoit également que le Conseil d'Etat prenne connaissance des décisions présidentielles (§ 23, al. 2 de la loi du 6 juin 2005 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale [OG RR ; RS ZH 172.1]).

6. Commentaires des articles et de l'entrée en vigueur rétroactive

Article 4, alinéa 4 (nouveau)

Le nouvel alinéa 4 de l'article 4 établit que, lorsque les circonstances l'exigent, le Conseil-exécutif peut délibérer des affaires par conférence téléphonique, par visioconférence ou par d'autres moyens tels que par écrit, c'est-à-dire par voie de circulation (voir au ch. 3.1 le contenu de la réglementation). Contrairement à ce que prévoit la loi au niveau fédéral, l'urgence n'est pas mentionnée comme condition (Confédération : « *et que le temps lui manque pour se réunir* »). Le manque de temps peut cependant faire partie des « circonstances ». La formulation est sciemment laissée ouverte pour que le Conseil-exécutif soit libre d'opter pour le nouveau mode de délibérations lorsqu'il l'estime nécessaire. Le titre de l'article (« Délibérations ») ainsi que la formulation de la nouvelle disposition (« délibérer des affaires ») montrent qu'il s'agit d'un nouveau mode de délibérations et non d'une nouvelle façon de prendre des décisions.

(cf. art. 5 Prise de décisions). De cette manière, des discussions ou des séances de réflexions peuvent également avoir lieu par visioconférence.

Les conférences téléphoniques ou visioconférences permettent aux membres du Conseil-exécutif de discuter et de décider en collège pratiquement comme s'ils étaient réunis physiquement dans une même pièce.

La procédure par voie de circulation permet aux membres du Conseil-exécutif de prendre position les uns après les autres sur une affaire (notamment par courriel). Les décisions par voie de circulation peuvent par exemple intervenir dans le cas où il est impossible ou difficile pour eux d'assister concomitamment à une séance – que ce soit physiquement, téléphoniquement ou par visioconférence – ou lorsque la discussion a déjà eu lieu en collège et que l'affaire doit simplement être adoptée de façon formelle.

L'expression « par d'autres moyens » est ouverte de manière à inclure également de nouvelles technologies ou avancées techniques.

Article 5, alinéas 1 et 4

En vertu de l'alinéa 1 actuel, quatre membres au moins du Conseil-exécutif « sont présents » pour que celui-ci délibère valablement. L'expression « sont présents » a été remplacée par « participent » pour expliciter que la disposition s'applique également au nouveau mode de délibération au sens de l'article 4, alinéa 4 LOCA.

Comme nous l'avons expliqué précédemment, l'alinéa 4 actuellement en vigueur renvoie à la prise de décisions en cas de catastrophe ou en situation d'urgence conformément à la loi sur les secours en cas de catastrophe et la défense générale (LCPPCi). La LCPPCi ne prévoit toutefois pas de dispositions concernant la manière dont le Conseil-exécutif peut prendre ses décisions dans les situations de crise. Le nouvel alinéa 4 de l'article LOCA règle également la prise de décisions en cas de catastrophes et de situations de crise, c'est pourquoi l'article 5, alinéa 4 LOCA est-il abrogé.

Article 15, alinéas 1 et 3

Compte tenu de l'esprit et de la finalité de l'article 15 LOCA – la décision présidentielle remplace la décision du Conseil-exécutif lorsque ses membres ne peuvent délibérer – la distinction entre séance ordinaire et séance extraordinaire a été supprimée à l'article 15, alinéa 1 LOCA (cf. ch. 3.1.3).

Conformément à la nouvelle formulation de l'alinéa 3, les décisions présidentielles sont soumises sans délai au Conseil-exécutif « pour prise de connaissance » (et non plus « pour approbation »). Les explications sur ce changement se trouvent au chiffre 3.2.

Entrée en vigueur rétroactive

La réglementation fondée sur le droit d'urgence de l'article 14 OCCV est abrogée le 20 mars 2021. Une entrée en vigueur rétroactive au 21 mars 2021 serait plutôt inhabituelle, c'est pourquoi la présente modification entre en vigueur rétroactivement le 1^{er} mars 2021 même s'il en résulte un chevauchement. L'entrée en vigueur rétroactive doit être déterminée par le Grand Conseil. Le fait d'habiliter le Conseil-exécutif à fixer la date de l'entrée en vigueur ne comprend pas l'entrée en vigueur rétroactive⁷.

En outre, l'interdiction fondamentale de la rétroactivité élaborée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral doit être respectée. La jurisprudence distingue entre rétroactivité proprement ou improprement dite. Il y a rétroactivité proprement dite lorsque la loi nouvelle doit s'appliquer à un fait survenu avant l'entrée en vigueur et révolu à ce moment. Cette rétroactivité proprement dite n'est compatible avec le droit constitutionnel que lorsqu'elle est explicitement prévue par la loi ou qu'elle en résulte de manière évidente, qu'elle est raisonnablement limitée dans le temps, qu'elle ne conduit pas à des inégalités choquantes, qu'elle répond à un intérêt public digne de protection et qu'elle respecte les droits acquis (ATF 138 I 189

⁷ Cf. Directives sur la procédure législative (DPL), Module 3: Directives sur la technique législative (DTL), chiffre. 2.2.4.4.

cons. 3.4).⁸ Dans le cas présent, une base légale doit être mise en place pour les conférences téléphoniques, les visioconférences et les décisions par voie de circulation auxquelles le Conseil-exécutif aura éventuellement besoin de recourir passé le 20 mars 2021. Il s'agit donc d'un cas de rétroactivité proprement dite. La présente modification n'a un effet rétroactif que jusqu'au 1^{er} mars 2021. Dans la pratique, on considère acceptable au sens d'une directive une durée de rétroactivité de un à trois ans.⁹ La présente modification doit être adoptée par le Grand Conseil à la session d'été 2021. Elle est ensuite publiée et soumise au délai référendaire de trois mois (art. 62, al. 2 ConstC). Le projet ne soulève pas de question politique majeure et on peut dès lors partir du principe qu'il ne donnera lieu à aucun référendum. La rétroactivité sera dès lors limitée dans le temps dans une mesure raisonnable. La réglementation ne porte que sur le mode de délibérations du Conseil-exécutif et la prise de connaissance, par celui-ci, des décisions présidentielles, et ne touche donc qu'indirectement les particuliers, c'est pourquoi elle n'entraîne pas d'inégalités ni n'affecte aucun droit acquis. Il est dans l'intérêt de la collectivité que le Conseil-exécutif puisse délibérer des affaires dans des circonstances particulières et, de manière plus générale, qu'il puisse fonctionner en sa qualité d'organe étatique.

7. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

La présente modification de loi n'est pas traitée dans l'« Engagement 2030, programme gouvernemental de législature 2019 à 2022 ». Elle s'inscrit cependant dans la logique de l'objectif 2 : « Le canton de Berne en tant que centre politique national exploite les opportunités de la transition numérique et fournit à la population et à l'économie des services efficaces, de haute qualité et efficaces. »

8. Répercussions financières

Le projet ne présente aucune répercussion financière.

9. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Le projet n'a aucune répercussion sur le personnel ni l'organisation.

10. Répercussions sur les communes

Le projet n'a aucune répercussion sur les communes.

11. Répercussions sur l'économie

Le projet n'a aucune répercussion sur l'économie.

12. Proposition

Conformément à l'article 75, alinéa 3 de la loi sur 4 juin 2013 sur le Grand Conseil (LGC; RSB 151.21), le Grand Conseil peut décider de renoncer à la seconde lecture d'un projet de loi. La présente modification de loi doit entrer en vigueur rétroactivement pour que le Conseil-exécutif puisse, une fois l'OCCV

⁸ Cf. aussi MADELEINE CAMPRUBI, *Ungeschriebene Grenzen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkungsformel des Bundesgerichts*, Berne 2020, p. 8 ss.

⁹ Cf. CAMPRUBI, op. cit., p. 487.

abrogée, disposer d'une base juridique pour délibérer des affaires sans la réunion physique de tous ou partie de ses membres. Compte tenu des délais serrés et du fait que la présente modification ne concerne que trois articles, le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil de renoncer à la seconde lecture.