

Le droit transitoire – parent pauvre de la législation?

Bernhard Pulver | *La fréquence des modifications législatives tend à augmenter. Pourtant, les dispositions transitoires elles-mêmes sont rares. A quoi attribuer ce phénomène? L'auteur, dans l'exposé introductif à la Journée scientifique 2005 de la SSL, examine tout d'abord la question de la nécessité du droit transitoire, puis de son contenu. Il trace enfin les contours d'un droit à des dispositions transitoires, sur la base du droit constitutionnel écrit ou non écrit.*

Sommaire

- 1 Pourquoi des dispositions transitoires?
- 2 Le contenu du droit transitoire
- 3 Le droit à des dispositions transitoires
- 4 Conclusion

Lorsque l'on procède à une modification de la législation, on doit se poser la question de savoir s'il y a besoin d'édicter des règles sur la transition entre ancien et nouveau droit. Si l'on parcourt la législation fédérale, on voit cependant que les dispositions transitoires ne sont pas légion. Dans leur grande majorité, les lois contiennent tout au plus une ou deux dispositions transitoires dans le titre «dispositions finales». Il existe évidemment des exceptions; j'en mentionnerai une en droit cantonal bernois: la loi sur la Caisse d'assurance du corps enseignant bernois, du 14 décembre 2004¹, contient sous le titre «dispositions transitoires et dispositions finales» sept dispositions transitoires, assez intéressantes à consulter mais, à mon avis, pas vraiment toutes nécessaires.

Le fait que les dispositions transitoires ne sont pas légion signifie-t-il qu'il n'y a que rarement besoin de régler la transition entre ancien et nouveau droit? Ou s'agit-il d'un signe que les dispositions transitoires jouent le rôle du parent pauvre de la législation? C'est l'impression qu'ont *Tschannen/Zimmerli* (2005, 174):

Es ist kein Geheimnis, dass der Gesetzgeber die intertemporalen Fragen gern und oft übersieht. Tatsächlich gilt das «Recht über Rechtsänderungen» (...) im Gesetzgebungsprozess gewöhnlich als lästige Restanz, weil rechtlich schwer zu fassen und erst noch am Ende eines ohnehin kräftezehrenden politischen Ringens auftauchend.

Penchons-nous donc un peu sur ce parent pauvre. L'exposé se divise en trois parties: tout d'abord, je me pencherai sur la raison d'être du droit transitoire (1). Suivra ensuite une brève esquisse de la règle générale de conflit du droit intertemporel et des types de dispositions transitoires (2). Enfin, j'essayerai de décrire ce que j'appellerai le «droit à des dispositions transitoires», découlant de la Constitution fédérale (3). J'aimerais attirer l'attention sur le fait que cet exposé ne constitue pas un résumé systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine. Pour cela, il convient de renvoyer notamment à un très bon article paru dans la Revue de droit suisse (Meyer/Arnold 2005, 115–141)². Mon exposé contiendra donc plutôt des réflexions personnelles sans prétention d'exhaustivité.

1 Pourquoi des dispositions transitoires?

On l'a dit: une disposition transitoire est une règle de droit qui régit la transition entre l'ancien droit et le nouveau droit.

On n'aurait pas besoin de telles dispositions si la législation restait stable – comme l'espérait *Montesquieu* dans ses lettres persanes:

Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante: on y doit observer tant de solennités, et apporter tant de précautions, que le peuple en conclue naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger.

Mais, malgré la lourdeur de la procédure législative – nous connaissons bien les «solennités» et «précautions» dont parlait *Montesquieu* et qui ont en effet notamment pour but d'assurer aux lois une certaine stabilité –, la législation change constamment. Et il est évident qu'elle *doit* changer, car la société évolue et les idées se développent, les connaissances techniques progressent et posent de nouvelles questions à régler et, hélas, les problèmes qui apparaissent lors de la mise en œuvre de la législation exigent des adaptations de la législation... Il est donc dans l'intérêt et de la société entière et des justiciables que le droit soit régulièrement adapté.

Néanmoins, la modification constante du droit peut entrer en conflit avec l'intérêt des justiciables à une certaine stabilité des règles de droit:

- La *sécurité de droit*. Même s'il n'est pas ancré expressément dans la Constitution fédérale, le principe de la sécurité de droit est fondamental dans un Etat de droit: le droit doit avoir une certaine stabilité. Les individus

doivent pouvoir organiser leur comportement en fonction des règles de droit – si celles-ci changent trop souvent, cette adaptation devient difficile.

- Le *principe de la bonne foi*. L'article 5 al. 3 (et 9) Cst. féd. exige que «les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi». La protection de la bonne foi et le principe de la confiance peuvent poser, dans certaines situations, des limites à la modification du droit: cela pourrait être le cas notamment lorsque des administrés ont pris, sur la base des règles de droit en vigueur, des dispositions auxquelles ils ne peuvent revenir sans subir de dommage.
- Des *raisons économiques et d'efficacité*. L'adaptation aux nouvelles règles de droit peut engendrer des coûts parfois considérables.
- Enfin, l'*interdiction de l'arbitraire* peut entrer en jeu lorsque des modifications du droit constitueraient en quelque sorte un va-et-vient dépourvu d'intérêt public.

On le voit: les justiciables peuvent avoir un intérêt important à une certaine stabilité du droit. Mais comment assurer cette stabilité en dehors des «solenités» de la procédure législative? Il n'y a juridiquement que peu de moyens pour le faire. Les clauses d'intangibilité, interdisant la modification d'un acte pendant une certaine durée, courantes à l'époque de la régénération, sont exclues par la Constitution fédérale.³ On ne peut donc qu'inviter le législateur à faire preuve d'une certaine retenue et à modifier les règles de droit seulement si des intérêts prépondérants le justifient. Cependant, un tel appel n'est évidemment pas justiciable.

Nous nous voyons donc confrontés à une évolution constante du droit. D'où la question du droit transitoire. Le droit transitoire sert à «limiter les dégâts», à éviter que cette évolution constante de la législation pose des problèmes trop grands aux justiciables, en en atténuant les effets ou en leur accordant le temps d'adaptation nécessaire.

2 Le contenu du droit transitoire

2.1 La règle générale de conflit de droit intertemporel

Pour savoir s'il est nécessaire d'édicter, dans un cas concret, des dispositions particulières réglant la transition entre l'ancien et le nouveau droit, il faut connaître le régime général, s'appliquant à défaut de règles spéciales. Je me limiterai à en exposer les grandes lignes. Pour en savoir plus, il est renvoyé à la doctrine mentionnée dans la bibliographie.

On peut déduire la règle générale de conflit de droit intertemporel des grands principes de la non-rétroactivité et de l'exclusion de l'effet anticipé des lois:

Der Hauptsatz des intertemporalen Rechts lautet: Rechtsätze wirken für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte. (Kölz 1983, 248)

Par conséquent, selon la formule du Tribunal fédéral,

*sont en règle générale déterminantes, les dispositions légales en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui a des conséquences juridiques.*⁴

Dans le domaine des assurances sociales, cette règle a par exemple les conséquences suivantes:⁵

- Lors de l'examen d'un éventuel droit à une rente de l'assurance-invalidité né avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), le droit à la rente s'examine pour la période s'étendant jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA à la lumière des anciennes normes et, à partir de ce moment-là des nouvelles.⁶
- Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, le salaire assuré se détermine en fonction des statuts en vigueur au moment de la naissance du droit à la prestation.⁷

La règle générale connaît évidemment des limites. Mentionnons en deux⁸:

- Tout d'abord, des *raisons impératives* peuvent exiger que l'on applique, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit et pour toute décision prise à partir de ce moment, les nouvelles règles. De telles raisons impératives peuvent notamment découler de la protection des biens de police (par exemple la sécurité ou la santé). Nous en trouverons des exemples «classiques» dans les domaines du droit de la construction ou de la protection des eaux.
- De plus, la règle de la *lex mitior* veut que l'on applique le nouveau droit lorsqu'il est plus favorable pour l'administré concerné [sous réserve du cas que des intérêts impératifs de tiers s'y opposent], (Meyer/Arnold 2005, 135). L'exemple classique est l'article 2 alinéa 2 du Code pénal suisse,⁹ mais le même raisonnement devrait s'appliquer aux sanctions administratives.

2.2 Quelques types de dispositions transitoires

On s'en doute bien: cette règle de conflit générale ne suffit pas pour résoudre tous les problèmes de droit intertemporel qui peuvent se poser. Dans certains cas, elle peut même avoir des effets inéquitables, voir contraires à la Constitution (voir *infra*, chap. 3).

Pour éviter des solutions inéquitables, le législateur adoptera des dispositions transitoires. En principe, le législateur dispose d'une grande liberté d'appréciation pour fixer le régime transitoire qui lui semble équitable.¹⁰ Plusieurs types de dispositions transitoires s'offrent (sans prétention d'exhaustivité):

- *Echelonnement dans le temps*. La première solution est de retarder l'entrée en vigueur du nouveau droit. On peut ainsi permettre aux justiciables de se préparer au passage au nouveau droit. L'ajournement peut s'étendre à l'ensemble de la loi (ce qui n'est, à vrai dire, pas une règle transitoire) ou se limiter à certaines de ses dispositions. De plus, il est possible de limiter le délai transitoire aux situations nées sous l'ancien droit. Ainsi, on tiendra compte du fait que les personnes qui ont déjà pris des dispositions en fonction de l'ancien droit ont besoin d'un temps d'adaptation plus long.
- *Introduction par étapes d'une nouvelle règle*. Il est possible d'introduire une nouvelle règle par étapes en atténuant ainsi les effets de la transition. Ce procédé a été par exemple utilisé pour échelonner l'augmentation de l'âge de la retraite des femmes dans la 10^e révision de l'AVS.¹¹
- *Adoption de règles particulières pour les situations préexistantes*. Il peut se révéler judicieux de prévoir des règles matérielles particulières pour régler la situation des justiciables qui ont déjà pris des dispositions en fonction de l'ancien droit. On peut soit continuer à leur appliquer tel quel l'ancien droit ou bien prévoir pour eux un régime intermédiaire, particulier. Cas classique: si, pour l'exercice d'une profession, on exige dorénavant une formation universitaire (alors que, dans l'ancien droit, on n'exigeait qu'une formation professionnelle), le droit transitoire peut prévoir que les personnes qui exerçaient cette profession depuis un certain temps avant l'entrée en vigueur peuvent continuer à l'exercer même sans titre universitaire ; on peut également donner à ces personnes la possibilité d'acquérir, à des conditions facilitées, le titre universitaire requis.¹²
- *Délégation de compétences*. Parfois, des dispositions transitoires se limitent à une délégation de compétence au Gouvernement. Il y en a deux types: soit le législateur délègue la compétence d'édicter les dispositions

transitoires nécessaires. A ce procédé, on appliquera les règles ordinaires de la délégation de compétences, notamment celle que le législateur doit édicter lui-même les dispositions fondamentales et qu'il doit, lorsqu'il délègue une compétence législative, fixer lui-même les grandes lignes de la législation à édicter par le Gouvernement. Un autre type de délégation de compétences se trouve dans les cas où le constituant – ou le législateur lui-même – se méfie de la capacité du législateur d'adopter une réglementation dans un temps raisonnable. On délègue alors au Gouvernement la compétence de régler une certaine matière pour le cas où le législateur n'y parvient pas lui-même dans un certain délai. Chose courante lors d'initiatives populaires,¹³ chose rare dans la législation.¹⁴

3 Le droit à des dispositions transitoires

Il est vrai que le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre pour adopter les dispositions transitoires qui lui semblent adéquates. Cette liberté n'est cependant pas absolue. Dans certaines situations, l'adoption d'une disposition transitoire peut être exigée par la Constitution fédérale. Dans ces cas, les justiciables ont un droit – découlant des principes et droits constitutionnels – à ce que leur situation soit régie par un régime transitoire:

*Selon les circonstances, le législateur est tenu d'adopter des dispositions transitoires, soit pour éviter des conséquences ainsi prohibées, soit pour permettre aux intéressés de s'adapter à la nouvelle situation légale.*¹⁵

Ce droit peut notamment se baser sur l'interdiction de l'arbitraire,¹⁶ le principe de la bonne foi, la protection de la confiance, le principe d'égalité et celui de la proportionnalité (Kölz 2005, 122 ss; Rohner, 2002; Schweizer/Valender 2002, 60 ss).

Deux cas de figure permettent de montrer le rôle des deux principes les plus importants dans ce contexte, c'est-à-dire la proportionnalité et la bonne foi.

3.1 Le principe de la proportionnalité

Le premier cas de figure est tiré de l'administration de police. Il s'agit de la soumission de certaines activités économiques à une autorisation ou à l'exigence d'un certain titre de formation, voire de leur interdiction.

Dans ce domaine, il existe une riche jurisprudence du Tribunal fédéral. J'en mentionne deux cas connus:

- Le cas des *psychothérapeutes zurichois*.¹⁷ une nouvelle loi cantonale exige, pour l'exercice indépendant de cette profession, dorénavant des

études universitaires, une formation spéciale ainsi que des expériences professionnelles d'au moins deux ans. Pour les personnes ayant exercé cette profession depuis plusieurs années avant l'entrée en vigueur de ces nouvelles règles, des exigences moins élevées ont été fixées dans les dispositions transitoires. Ces dispositions transitoires ont été jugées comme conformes à la Constitution fédérale par le Tribunal fédéral.

- Le cas de l'interdiction des *appareils automatiques de jeu à Bâle-Ville*:¹⁸ un délai de trois mois pour enlever les appareils déjà installés a été jugé conforme à la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral tenait compte, dans l'appréciation de ce délai en soi assez bref, de la durée totale entre l'adoption de la loi par le Grand Conseil et son entrée en vigueur après la votation populaire, soit plus d'un an, ce qui lui semblait conforme au principe de la proportionnalité.

Dans ces deux cas de figure, les nouvelles règles constituent une limitation d'un droit fondamental, en l'espèce de la liberté économique. En vertu de l'article 36 Cst. féd., une loi restreignant la liberté économique doit notamment répondre à un intérêt public prépondérant et elle doit être proportionnée au but visé (art. 36 al. 2 et 3 Cst. féd.). Dans l'examen des conditions de l'article 36, il faut tenir compte des intérêts particuliers des personnes ayant déjà exercé l'activité économique en question avant l'entrée en vigueur de la nouvelle norme. En effet, plus une personne a déjà exercé une activité économique pendant longtemps (et de manière conforme au droit en vigueur à l'époque), plus elle sera touchée par un retrait de son autorisation. Dans la pesée des intérêts, il faut comparer l'intérêt public qui justifie le changement de droit (par exemple la santé publique) à l'intérêt des personnes touchées à pouvoir continuer à exercer leur activité lucrative.¹⁹

3.2 Les exigences du principe de la bonne foi

L'autre cas de figure est tiré de l'administration de prestation, en l'occurrence du domaine de la prévoyance professionnelle. La question est de savoir si et dans quelle mesure il faut maintenir les possibilités de retraite anticipée des assurés lors de la modification des plans de prévoyance dans les caisses publiques de pensions. Selon le Tribunal fédéral,

le principe de la bonne foi (...) ne saurait, en règle ordinaire, être invoqué en cas de changement de législation (...). Toutefois, dans certaines circonstances, doctrine et jurisprudence déduisent du droit à la protection de la bonne foi que l'adoption de règles transitoires doit permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle situation légale, même si une

*grande liberté doit, en ce domaine, être reconnue au législateur (...). En effet, lors de modifications de règles de droit, la protection de la confiance peut se justifier – au même titre qu'en présence d'un renseignement ou d'une décision erronés – à l'égard des dispositions prises de bonne foi par les intéressés et sur lesquelles il leur est difficile de revenir (...). Il faut, le cas échéant, procéder à une pesée des intérêts en présence, savoir la protection à la bonne foi, d'une part, et le principe de la légalité qui exige que, sauf motif particulier, les lois ou ordonnances entrent en vigueur sans retard.*²⁰

Le principe de la bonne foi – qui lie également le législateur – peut donc, en dehors des cinq conditions classiques lors d'une promesse d'une autorité publique,²¹ imposer l'adoption de dispositions transitoires par le législateur.

Reprenant l'exemple des retraites anticipées, le législateur est en principe libre dans la manière dont il entend régler la phase transitoire entre deux régimes. Cependant, pour les personnes se trouvant très proche de l'âge où ils pouvaient, sous l'ancien droit, obtenir une rente anticipée plus élevée que ne la prévoit le nouveau droit, le législateur doit prévoir des dispositions transitoires. Ces dispositions *doivent* régir la situation des personnes qui ont pris, en vue de leur retraite anticipée, des dispositions sur lesquelles il leur est difficile de revenir (par exemple: la résiliation du contrat de travail, l'achat d'une maison en Espagne).

La question de savoir si la Constitution fédérale exige une phase transitoire pour la modification du régime des retraites anticipées dans la caisse fédérale de pensions était l'un des objets d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice.²² La réponse a été affirmative. L'avis ne s'est cependant pas prononcé sur la durée nécessaire de la phase transitoire et sur la forme concrète de ce régime transitoire. On peut partir de l'idée que la Constitution fédérale n'exige un tel régime transitoire que pour une phase relativement courte – six mois, un an, deux ans – peut-être –, vu que le principe de la bonne foi vise uniquement les personnes qui ont déjà pris des dispositions concrètes en vue de leur retraite anticipée. En fixant ce délai, il sera permis de tenir compte du «temps d'annonce» entre l'adoption du nouveau droit et son entrée en vigueur (voir *supra*, ATF sur les appareils automatiques de jeu à Bâle-Ville).

3.3 La question des «droits acquis»

Un dernier point concerne la notion des droits acquis. Lors de modifications législatives, on se pose parfois la question de savoir si l'on a affaire à des droits acquis que même le législateur ne peut plus modifier.

La notion des «droits acquis» («wohlerworbene Rechte») est une notion dotée de contours imprécis et dont la portée est controversée en doctrine et dans la jurisprudence.²³ D'aucuns ont même remis en question la nécessité de la notion même des droits acquis.

Le Tribunal fédéral a défini cette notion de la manière suivante:

*Ancré à l'article 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi confère au citoyen, à certaines conditions, le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites et ne trompent pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces dernières (...). Ce principe lie également le législateur, en particulier s'il a promis dans la loi que celle-ci ne serait pas modifiée ou serait maintenue telle quelle pendant un certain temps, créant ainsi un droit acquis.*²⁴

Les droits acquis sont protégés même contre le changement de loi: ces droits ne peuvent en principe plus être modifiés au désavantage de leur titulaire («Gesetzesbeständigkeit»). Kieser (1999, 296) décrit cette figure comme il suit:

Als wohlerworben werden jene Rechte bezeichnet, die sich durch eine derartige Beständigkeit auszeichnen, dass sie auch nicht durch Gesetz abänderbar sind; sie werden durch die Eigentumsgarantie bzw. durch das Prinzip des Vertrauensschutzes geschützt. Wohlerworbene Rechte gehen zurück auf historische Wurzeln (ehehafte Tavernenrechte) oder auf gegenseitige Willenserklärung (d. h. auf Verträge bzw. vertragsähnliche Verhältnisse). Daneben können wohlerworbene Rechte auch durch ausdrückliche Festlegung im Gesetz entstehen, sofern der Gesetzgeber die betreffende Rechtsposition ein für alle Mal von Gesetzesabänderungen ausnehmen wollte. In der Praxis werden entsprechende Rechtspositionen eher ausnahmsweise anerkannt.

Dans ce contexte, il convient de distinguer les droits acquis par rapport à deux autres notions, à savoir les expectatives (Anwartschaften) et la protection de la situation acquise (Besitzstandwahrung):

- *Les expectatives* sont des droits en train de naître: «Anwartschaften bilden ein Recht, das erst *im Werden begriffen* ist; der sich daraus zukünftig ergebende (allfällige) Anspruch kann noch nicht gefordert und durchgesetzt werden» (Kieser 1999, 295).
- *La protection de la situation acquise* est un procédé souvent utilisé par le législateur dans le domaine des assurances sociales. Cependant, le législateur n'est pas obligé d'y procéder. Pour reprendre Kieser (1999, 294):

«Nach der Besitzstandsgarantie bleiben gemäss bisherigem Recht erworbene Rechtspositionen auch weiterhin bestehen, obwohl sie dem neuen Recht *nicht* entsprechen. Damit eine entsprechende Garantie anzunehmen ist, muss somit das neue Recht ausdrücklich festlegen, dass die erworbene Position «nach wie vor» gilt. Insoweit ist die Besitzstandsgarantie ohne weiteres abgrenzbar gegenüber den wohlerworbenen Rechten. Diese werden wegen ihres besonderen Geltungsgrundes auch nach einer Rechtsänderung gewährleistet (woran das neue Recht nichts zu ändern vermag), während die durch eine Besitzstandsgarantie geschützten Positionen nur deshalb weitergelten, weil das neue Recht dies so vorsieht.»

Les cas où l'on admettra l'existence de «droits acquis» sont plutôt rares. Cependant, il existe de tels cas. Et c'était justement la figure de la deuxième question de l'avis de droit déjà mentionné: la question était de savoir si le droit des femmes de la génération d'entrée de la caisse fédérale d'assurance à une retraite anticipée après 35 ans de cotisations, garantis à plusieurs reprises dans des dispositions transitoires, était un «droit acquis» que même le législateur ne pouvait plus supprimer. La réponse a été affirmative: ce droit avait été garanti dans les dispositions transitoires des statuts de la Caisse fédérale d'assurance, approuvés par l'Assemblée fédérale et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1988, pour une durée jusqu'en 2007. Le droit en tant que tel et la durée de la phase transitoire ont été répétés dans les nouveaux statuts, entrés en vigueur 1^{er} janvier 1995, et, en 2000, dans la loi sur la caisse fédérale de pensions.²⁵ De cette manière, le législateur fédéral a créé un droit acquis qui est protégé par la Constitution et qui ne peut donc plus être supprimé par une modification législative.

Avant 1988, la possibilité des femmes de la génération d'entrée d'obtenir une rente anticipée après 35 ans de cotisations a dû, du point de vue du droit intertemporel, être considéré comme une simple expectative. Le législateur était donc libre de maintenir ce droit ou le supprimer par les nouveaux statuts (moyennant une phase transitoire). Ayant confirmé, à plusieurs reprises, la protection de la situation acquise des femmes de la génération d'entrée jusqu'en 2007, le législateur a donc, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, «promis dans la loi que celle-ci ne serait pas modifiée ou serait maintenue telle quelle pendant un certain temps».

Il est clair que dans la plupart des cas, la réponse à la question de savoir si un droit devrait être considéré ou non comme un droit acquis sera moins évidente. De plus, si j'ai dit que les droits acquis «résistent» aux change-

ments législatifs, cela n'est pas tout à fait correct. On peut en effet retirer un droit acquis si on respecte les conditions de l'article 36 (base légale, intérêt public, proportionnalité, respect du noyau dur). Cependant, pour respecter la garantie de la propriété, ancrée dans la Constitution fédérale, il faudra dans ce cas procéder à un dédommagement entier:

*Dem Entzug eines derartigen wohlerworbenen Rechts steht nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Eigentumsgarantie, nach der neueren Rechtsprechung insbesondere auch die unmittelbar aus Artikel 4 BV herzuleitende Verfassungsgarantie von Treu und Glauben entgegen [...]. Der Entzug eines so geschützten wohlerworbenen Rechts ist nur zulässig, wenn er auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und gegen volle Entschädigung erfolgt [...]. Das Bundesgericht hat an dieser Rechtsprechung festgehalten [...]*²⁶

Pour les cas où un droit acquis consiste en une prestation financière, un dédommagement n'aura cependant strictement aucun sens. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a confirmé:

*Für Ansprüche, die eine staatliche Geldleistung oder ein Abgabenprivileg zum Gegenstand haben, schliesst die Entschädigungspflicht einen ganzen oder teilweisen Entzug praktisch aus: Derartige Eingriffe wären in der Regel ohne Sinn, da mit der geschuldeten Entschädigung eben das geleistet werden müsste, was durch den Eingriff entzogen werden sollte.*²⁷

4 Conclusion

La fréquence des modifications législatives peut poser des problèmes aux justiciables. Le législateur devrait donc faire preuve d'une certaine retenue et ne procéder à des révisions de loi que lorsque cela se révèle effectivement nécessaire. Pour atténuer les effets de la transition de l'ancien au nouveau droit, des dispositions transitoires peuvent être judicieuses. Dans certains cas, la Constitution fédérale en exige même l'adoption.

Une législation soigneuse fera donc attention à l'adoption de dispositions transitoires adéquates. C'est donc notamment aux membres de la Société suisse de législation de contribuer à ce que ce parent pauvre de la législation soit traité correctement.

Notes

Je remercie M. Philippe Gerber, Dr. en droit et collaborateur scientifique à l'Office fédéral de la justice, de sa relecture du texte et de ses remarques précieuses.

- 1 RSB 430.261.
- 2 Sur le droit transitoire, voir par exemple aussi: Kölz (1983, 101–249); Moor (1994, 176 ss). Sur les questions de droit transitoire dans le domaine des assurances sociales, voir par exemple: Jöhl (1996).
- 3 Voir à ce sujet: Kölz (1983, 122). Dans une démocratie, les actes législatifs doivent pouvoir être révisés «en tout temps» (cf. art. 192 al. 1 Cst. féd., concernant la Constitution elle-même). Néanmoins, qui ne souhaiterait pas parfois voir réapparaître de telles clauses d'intangibilité dans nos lois trop souvent modifiées...
- 4 ATF 130 V 445, M. c/IV-Stelle Bern.
- 5 Pour un résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir Meyer/Arnold (2005, 122 ss).
- 6 ATF 130 V 445, M. c/IV-Stelle Bern.
- 7 Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 16 octobre 2003, SVR 2004 BVG Nr. 8, p. 24.
- 8 Pour plus de détails, voir Meyer/Arnold (2005, 134 s); Kölz (1983, 158 ss).
- 9 RS 311.0.
- 10 ATF 128 I 92, Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV, p. 99; Moor (1994, 177).
- 11 Lettre d des dispositions finales de la modification du 7 octobre 1994 de la LAVS (RS 831.10).
- 12 Situation dans l'ATF 128 I 92, Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV.
- 13 Pour un exemple, voir la disposition transitoire de l'initiative populaire fédérale «pour une retraite à la carte dès 62 ans, tant pour les femmes que pour les hommes», qui prévoyait que «si l'Assemblée fédérale n'édicte pas la législation correspondante dans les cinq ans suivant l'acceptation (de l'initiative), le Conseil fédéral arrête les dispositions d'exécution nécessaires» (cf. FF 1994 V 401).
- 14 Pour un exemple, voir l'art. 60 de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0), qui donne au Conseil fédéral la compétence de restreindre la publicité en faveur des boissons alcooliques et du tabac destinée spécialement aux jeunes, «just qu'à ce que des dispositions particulières soient introduites dans la présente loi».
- 15 ATF du 27 novembre 2003, B 40/03, cons. 3.3 ; ATF 128 I 92, Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV, p. 98 s.
- 16 Lorsque l'absence de disposition transitoire aurait des conséquences choquantes ; ou lorsque – mais le cas doit être rare – la modification du droit elle-même constituerait un acte arbitraire, dépourvu de sens et de but.

- 17 ATF 128 I 92, Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV, p. 98 ss.
- 18 ATF 106 Ia 191, Escor Automaten, p. 195 s.
- 19 Pour un exemple de disposition transitoire dans ce domaine, voir l'art. 24 de la loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse (RS 811.11) et l'art. 11 de l'Ordonnance sur la formation postgrade et la reconnaissance des diplômes et des titres postgrades de professions médicales (RS 811.113).
- 20 ATF 122 V 405, 409.
- 21 Promesse concrète dans un cas d'espèce (1), faite par une autorité apparemment compétente (2), dont l'illégalité n'est pas évidente (3), dispositions prises par l'administré sur lesquelles il lui est difficile de revenir (4) et absence de modification du droit entre-temps (5).
- 22 JAAC/VPB 2004, n° 68.86.
- 23 Sur la notion des droits acquis dans la doctrine, voir, par exemple: Eichenberger (1977/78); Kämpfer (1977, 339 ss); Kieser (1999, 290 ss, 296); Klett (1984); Knapp (1991, no. 1310 ss); Moor (2002 18 ss); Nussbaum (2003); Vetter-Schreiber (2003 9 s); Weber-Dürler (1983, 63 ss).
- 24 ATF 128 II 112, Grande Dixence SA, p. 125.
- 25 RS 172.222.0 ; art. 23.
- 26 ATF 106 Ia 163, Graf und Erni, p. 166. L'arrêt continue: «Ersteres ist namentlich der Fall, wenn das Gesetz (...) die Pensionsansprüche der Beamten dem Betrage nach als unabänderlich bezeichnet oder vorsieht, dass Änderungen der Pensionsordnung nur für später eintretende Beamte wirksam werden sollen».
- 27 ATF 106 Ia 163, Graf und Erni, p. 320.

Bibliographie

- Eichenberger, Kurt, 1977/1978, Bericht über wohl-erworbene Rechte bei Änderungen der Gesetzgebung betreffend Beamte und Pensionskassen, Bâle.
- Jöhl, Ralph, 1996, Übergangsrechtliche Probleme im Leistungsrecht des Sozialversicherung, thèse St. Gall/Wil.
- Kämpfer, Walter, 1977, Zur Gesetzesbeständigkeit «wohlerworbener Rechte», in: Zwahlen, Henri, Mélanges, Lausanne.
- Kieser, Ueli, 1999, Besitzstand, Anwartschaften und wohlerworbene Rechte in der beruflichen Vorsorge, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS/RSAS)*, 1999, IS. 290 ff.
- Klett, Klett, 1984, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, Berne.
- Knapp Blaise, 2002, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle/Francfort s/M.

- Kölz, Alfred, 1983, Intertemporales Verwaltungsrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS/RSAS)*, 1983 II, S. 101 – 249.
- Meyer, Ulrich/Arnold, Peter, 2005, Intertemporales Recht. Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS/RSAS)*, 2005 I, S. 115 – 141.
- Moor Pierre, 2002, *Droit administratif*, vol. II, 2e éd., Berne.
- Moor, Pierre, 1994, *Droit administratif*, vol. I, Berne.
- Nussbaum, Werner, 2003, Wohlerworbene Rechte in der beruflichen Vorsorge?, *Jusletter* du 24 février 2003.
- Rohner, Christoph, 2002, Art. 9, in: Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich, 2002.
- Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich Zimmerli, 2005, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2e éd., Berne.
- Vetter-Schreiber, Isabelle, 2003, *Reglementsänderungen – Wahrung der erworbenen Rechte*, *Schweizer Personalvorsorge*, H.4/2003, S. 9 f.
- Weber-Dürler, Beatrice, 1983, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle/Francfort s/M.