

Alexandre Flückiger

Soft law intercantonale : le droit souple au service du fédéralisme coopératif suisse

Les recommandations adoptées par les autorités intercantionales constituent un instrument efficace, mais juridiquement discret, d'harmonisation du droit cantonal. Reposant sur le droit souple, ces normes non obligatoires prennent des formes variées : recommandations formelles, lignes directrices, lois-modèles, standards, etc.

Malgré leur efficacité pratique, elles soulèvent d'importants défis en matière de légitimité démocratique, de transparence, d'encadrement procédural, de contrôle juridictionnel et de légistique plus généralement. Certaines autorités appliquent des bonnes pratiques – procédures de consultation, publication claire, évaluation d'impact. Il reste cependant à systématiser ces garanties et à reconnaître les enjeux démocratiques liés à la soft law intercantonale.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Proposition de citation : Alexandre Flückiger, Soft law intercantonale : le droit souple au service du fédéralisme coopératif suisse, in : LeGes 36 (2025) 3

Table des matières

- Introduction
- 1. Le droit souple
 - 1.1. Notion, typologie et fonctions
 - 1.2. Les effets du droit souple intercantonal
 - 1.2.1. Un effet pratique parfois supérieur à la contrainte juridique mais d'une efficacité variable
 - 1.2.2. Les mécanismes de renforcement d'effectivité du droit souple
 - 1.2.2.1. La législation Damoclès pour juridifier la pression politique
 - 1.2.2.2. Le renforcement juridique par les clauses d'impérativité semi-obligatoires
 - 1.2.2.3. L'incorporation des recommandations dans le droit dur et les clauses d'impérativité obligatoire
- 2. Les recommandations des conférences intercantionales
 - 2.1. Principe et portée du droit de recommandation
 - 2.2. Les fondements de la compétence de recommandation
 - 2.3. La compétence de recommandation et l'organisation interne
 - 2.4. La diversité des formes du droit souple intercantonal
 - 2.4.1. Les déclinaisons de la recommandation
 - 2.4.2. La loi-modèle et les réglementations-types
- 3. L'encadrement procédural du droit souple
 - 3.1. La consultation et les droits populaires
 - 3.2. L'évaluation et l'analyse d'impact
 - 3.3. La transparence et la publication
 - 3.4. Le suivi et le contrôle juridictionnel
- 4. Conclusion
 - Bibliographie

Introduction

[1] Le *fédéralisme coopératif* constitue l'une des caractéristiques essentielles du système suisse. Il repose sur la collaboration horizontale entre les cantons, complémentaire à la répartition verticale des compétences entre la Confédération et les entités cantonales (art. 44 de la Constitution fédérale [Cst.]). Cette coopération institutionnelle s'exprime non seulement à travers les concordats (art. 48 s. Cst.), mais aussi par un ensemble plus souple de mécanismes de coordination. Nous montrerons ainsi comment les cantons ont progressivement développé un mode d'action fondé sur la concertation plutôt que sur la contrainte : le *droit souple intercantonal*. Émanant souvent des conférences intercantionales, ces instruments – recommandations, lignes directrices, lois-modèles ou standards – permettent d'harmoniser les réglementations et les pratiques administratives sans recourir à l'obligation juridique.

[2] Mais cette flexibilité a un *prix démocratique*, car ces instruments soulèvent des questions de légitimité et de transparence. Comment encadrer ces actes sans en réduire la souplesse ? Comment leur assurer une publicité, une consultation et une évaluation à la hauteur de leurs impacts réels ?

[3] L'analyse qui suit examinera successivement la notion de droit souple (1), les formes qu'il prend au niveau intercantonal (2), les exigences de son encadrement procédural (3), avant de conclure sur les perspectives de systématisation qu'il ouvre (4).

1. Le droit souple

1.1. Notion, typologie et fonctions

[4] Le *droit souple* (*soft law*) désigne les instruments normatifs non obligatoires, c'est-à-dire les actes qui n'imposent pas juridiquement un comportement, mais formulent des *recommandations* destinées à orienter les pratiques. Dépourvus de caractère obligatoire, ces actes exercent néanmoins une influence normative réelle par la crédibilité de leurs auteurs et la force d'adhésion qu'ils suscitent (FLÜCKIGER 2019a, ch. 3.3).

[5] Les actes de droit souple sont très divers. Aux recommandations formelles s'ajoutent les avis, vœux, mises en garde, expertises, codes de conduite, lois-modèles, campagnes d'information, labels, référentiels de bonnes pratiques, ou encore le comportement exemplaire des autorités.

[6] Les actes de droit souple remplissent trois *fonctions* principales (FLÜCKIGER 2019b, 110s.) :

1. *Substitutive*, lorsqu'ils remplacent le droit obligatoire afin de contourner les lenteurs ou les blocages institutionnels – fonction efficace mais problématique sur le plan de la légitimité démocratique.
2. *Complémentaire*, lorsqu'ils renforcent la mise en œuvre du droit existant ou en facilitent l'application pratique.
3. *Préjuridique*, lorsqu'ils préparent la création de normes contraignantes. Dans ce dernier cas, le droit souple joue un rôle de préfiguration législative. Les pratiques recommandées se cristallisent progressivement en droit dur, agissant comme un droit en devenir.

[7] Dans le contexte intercantonal, cette dernière fonction illustre un phénomène des plus intéressant d'un point de vue légistique : le processus de *crystallisation normative* d'un droit souple qui progressivement durcit peu à peu jusqu'à devenir règle de droit obligatoire (FLÜCKIGER 2019a, 300ss).

1.2. Les effets du droit souple intercantonal

1.2.1. Un effet pratique parfois supérieur à la contrainte juridique mais d'une efficacité variable

[8] Le droit souple intercantonal, bien que dépourvu de force obligatoire, peut produire des effets concrets supérieurs à ceux du droit dur (FLÜCKIGER 2019b, 111). La *Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique* (CDIP) le reconnaît elle-même : ses recommandations n'ont pas d'effet exécutoire, mais elles exercent un « effet d'harmonisation certain », fruit d'un travail consensuel auquel participent tous les cantons sur plusieurs années. Le Tribunal fédéral a également relevé, à propos des recommandations de la *Conférence suisse des institutions d'aide sociale* (CSIAS), qu'elles « jouent un rôle important en pratique », même si elles ne constituent pas des normes juridiques (ATF 136 I 129, 135).

[9] Cependant, leur efficacité *varie* selon les domaines. Certains textes, comme le *modèle comptable harmonisé* (MCH2) recommandé par la *Conférence des directeurs cantonaux des finances* (CDF), ont été mis en œuvre lentement ou de manière inégale; d'autres, comme les recommandations de la *Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales* (CDAS) sur les personnes mineures non accompagnées, ont connu une application défailante (FLÜCKIGER 2019b, 111s.).

1.2.2. Les mécanismes de renforcement d'effectivité du droit souple

1.2.2.1. La législation Damoclès pour juridifier la pression politique

[10] La force du droit souple tient souvent à la *pression politique* qui accompagne sa diffusion. Cependant, la menace d'une intervention fédérale peut conférer aux recommandations un effet quasi obligatoire. Le législateur, et même le Constituant, peuvent *juridifier* cette pression. Le mécanisme, qualifié de « législation Damoclès », trouve une illustration dans l'article 62 alinéa 4 Cst. : « Si les efforts de coordination n'aboutissent pas à une harmonisation de l'instruction publique concernant la scolarité obligatoire, l'âge de l'entrée à l'école, la durée et les objectifs des niveaux d'enseignement et le passage de l'un à l'autre, ainsi que la reconnaissance des diplômes, la Confédération légifère dans la mesure nécessaire. » Cette incitation a favorisé l'adoption du *plan d'études 21 (Lehrplan 21 ; GLASER/FUHRER, 525)*. Dans ce cas le droit dur opère comme un catalyseur de mise en œuvre du droit souple. La crainte d'une contrainte future renforce l'efficacité d'instruments pourtant théoriquement fondés sur la seule adhésion volontaire (FLÜCKIGER 2019b, 112).

1.2.2.2. Le renforcement juridique par les clauses d'impérativité semi-obligatoires

[11] L'efficacité du droit souple est également consolidée par des *clauses d'impérativité semi-obligatoires* introduites dans certaines conventions intercantionales. Ces clauses sont de nature explicitement *recommandationnelle*. Elles exigent que les autorités « tiennent compte » des recommandations, se « basent » sur elles ou les « prennent en considération », impliquant que les autorités en justifient expressément l'éventuelle non-application.

[12] La *Convention-cadre sur la cyberadministration 2016–2019* impose ainsi aux collectivités publiques de *tenir compte* des recommandations de la *Conférence suisse sur l'informatique (CSI)* et de se *baser* sur les normes de l'association *eCH* (une association, de droit privé, dont les membres sont tant des entités publiques que des particuliers, qui a pour but d'élaborer des normes pour la cyberadministration). De même, la *Convention scolaire romande* prévoit que la *Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin (CIIP)* *prenne en compte* des recommandations de la conférence des chefs de service de l'enseignement obligatoire lors de la planification des moyens d'enseignement (FLÜCKIGER 2019b, 112s.).

1.2.2.3. L'incorporation des recommandations dans le droit dur et les clauses d'impérativité obligatoire

[13] Certaines conventions intercantionales franchissent un pas supplémentaire et modifient expressément la nature juridique de recommandations précises en les rendant directement *obligatoires* soit en les *incorporant*, soit en prévoyant des *clauses d'impérativité obligatoire*. Le *Concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées* (2010) exige ainsi que les cantons se *conforment* aux recommandations prévues par le concordat s'agissant des examens et de l'équipement des agents de sécurité. Le *Concordat HarmoS* oblige les cantons à veiller à ce que les élèves *attestent leurs compétences* au moyen de portfolios recommandés par la CDIP, transformant ainsi la nature juridique d'une recommandation en condition légale d'application.

[14] La force de l'obligation juridique résultant de telles clauses peut être *tempérée* par le législateur cantonal ou les tribunaux. En *droit genevois*, la loi cantonale sur les finances précise qu'une certaine classification du plan comptable doit être établie *conformément* au plan comptable figu-

rant dans le modèle comptable harmonisé recommandé par la *Conférence des directeurs cantonaux des finances* (MCH2), tout en prévoyant la possibilité pour le Conseil d'État de déroger par voie réglementaire. Le *Tribunal fédéral* a pour sa part confirmé qu'un tel renvoi, dans un droit cantonal, aux normes pour le calcul de l'aide sociale, recommandées par la CSIAS, n'obligeait « pas nécessairement les autorités à les appliquer dans leurs moindres détails », mais qu'il créait une *obligation de motiver* tout écart (FLÜCKIGER 2019b, 113).

2. Les recommandations des conférences intercantionales

2.1. Principe et portée du droit de recommandation

[15] Les conférences intercantionales, d'ordinaire organisées sous la forme d'associations de droit privé, bien qu'exerçant des tâches publiques, ne disposent sauf exception d'*aucune compétence réglementaire ni décisionnelle formelle*.

[16] L'effectivité de leur action reposera donc sur le droit souple, principalement sous la forme de recommandations adressées aux cantons. Plusieurs conférences consacrent dans leurs statuts le principe selon lequel leurs *décisions valent recommandations*, afin d'éviter toute assimilation à des décisions administratives ou réglementaires contraignantes (FLÜCKIGER 2019b, 114s.).

2.2. Les fondements de la compétence de recommandation

[17] La compétence d'édicter des recommandations est le plus souvent *implicite*, découlant de la mission de coordination et d'harmonisation des conférences. Tel est le cas de la *Conférence des gouvernements cantonaux* (CdC) : sans précision explicite dans la convention qui l'institue, elle adopte des guides et lignes directrices, notamment pour la mise en œuvre coordonnée du droit fédéral ou la participation aux consultations fédérales.

[18] Dans d'autres cas, cette compétence est *expressément prévue* par des conventions intercantionales. Le *Concordat sur la coordination scolaire* (CICS) demande aux cantons d'élaborer des recommandations dans les domaines entrant dans leur champ d'application. La *Convention scolaire romande* confère à la CIIP une compétence analogue. La *Convention entre la Confédération, les cantons, les villes et les communes sur la Conférence tripartite* ou le *Concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées* prévoient eux aussi la possibilité d'adopter des recommandations destinées à harmoniser l'application des normes entre cantons (FLÜCKIGER 2019b, 115s.).

2.3. La compétence de recommandation et l'organisation interne

[19] Les *statuts* de nombreuses conférences formalisent la compétence recommandationnelle et en organisent l'exercice entre comité et assemblée plénière.

[20] Les conférences les plus conscientes de l'influence régulatoire des actes de droit souple demandent au *comité* de formuler des recommandations internes, par exemple à des comités spécifiques ou des groupes de travail internes, tandis que l'*assemblée plénière* adopte celles adressées aux cantons : tel est le cas de la *Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie* (CDEn) ou de la *Conférence gouvernementale des cantons alpins* (CGCA).

[21] Certaines conférences, comme la CIIP ou la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA), réservent à l'assemblée plénière les recommandations jugées *importantes*. Dans le même ordre d'idée, la *Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse* (CCPCS) limite la compétence du comité aux recommandations de contenu mineur.

[22] Le *champ matériel* des recommandations peut aussi être défini par domaine, comme le *concordat intercantonal sur la coordination scolaire* (CICS), qui énumère les thèmes scolaires concernés.

[23] Enfin, certaines conférences se dotent d'*organes spécialisés* ayant pour mission d'élaborer des recommandations. La CDF a ainsi créé le *Conseil suisse de présentation des comptes publics* (SRS-CSPCP), chargé d'élaborer et de suivre la mise en œuvre des standards comptables (FLÜCKIGER 2019b, 117s.).

2.4. La diversité des formes du droit souple intercantonal

2.4.1. Les déclinaisons de la recommandation

[24] Les conférences intercantionales recourent à une grande variété de formes pour diffuser des normes non obligatoires. À côté des recommandations formelles, elles publient des prises de position, lignes directrices, programmes, concepts, lois-modèles, standards ou bonnes pratiques.

[25] La distinction entre les recommandations formelles et d'autres actes de même portée n'a *aucune incidence juridique*, mais peut renforcer la *légitimité politique* de certaines décisions lorsqu'elles sont soumises à des procédures particulières, telles qu'une *consultation* ou une *majorité qualifiée*.

[26] Ainsi, la CDIP relevait déjà, dans son recueil de recommandations et décisions publié en 1995, la coexistence de ces appellations en conférant un statut distinct aux recommandations formelles prévues par le *Concordat sur la coordination scolaire* (CICS) : « Lorsqu'il s'agit de recommandations formelles selon l'article 3 du Concordat sur la coordination scolaire, la chose a été notée expressément. Etant donné le caractère plus impératif des obligations qui en découlent, ces recommandations méritaient en effet une place particulière. » Cette disposition soumettait les dites recommandations à une consultation de la Conférence suisse des associations d'enseignants et à une majorité des deux tiers de l'assemblée plénière de la CDIP pour leur adoption. Ainsi les *Principes relatifs à la scolarisation des enfants de travailleurs migrants* (1972) – bien qu'intitulés « principes » – contenaient plusieurs *recommandations* précises adressées aux cantons, à l'instar de celle « de ne pas trop tenir compte des résultats obtenus dans la langue officielle lors de la promotion », révélant cette porosité entre les formes (FLÜCKIGER 2019b, 118s.).

2.4.2. La loi-modèle et les réglementations-types

[27] Parmi ces formes de droit souple, la *loi-modèle* occupe une place singulière. Elle permet d'assurer une *harmonisation législative de fait* dans des domaines où les conférences intercantionales n'ont pas de compétence législative propre. Son efficacité repose sur la précision de ses formulations et sa capacité à être reprise volontairement par les cantons, à l'image du *Modèle de convention fiscale de l'OCDE* dans les relations internationales.

[28] Plusieurs conférences ont fait de cet instrument un outil privilégié d'uniformisation :

- la *Conférence suisse alémanique des directeurs cantonaux de l'instruction publique* (D-EDK) avec le *Plan d'études 21* (*Lehrplan 21*), « ein überaus detailliertes ‹ Modellgesetz › für die Rechtsetzung durch die Kantone » selon la doctrine (GLASER/FUHRER, 518);
- la CDIP, avec le *Modèle de loi cantonale sur les subsides de formation* (1981) et le *Modèle de loi cantonale sur les bourses d'études* (1997);
- la *Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes* (COPMA), qui publie des guides pratiques accompagnés de modèles;
- la CDF, avec le *Nouveau modèle comptable harmonisé pour les cantons et les communes* (MCH2);
- la *Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie* (CDEn), avec le *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons* (MoPEC) et le *Modèle d'encouragement harmonisé* (ModEnHa);
- ou encore la *loi-modèle sur l'utilisation du sous-sol* (*Mustergesetz über die Nutzung des Untergrundes*), issue du *concordat concernant la prospection et l'exploitation du pétrole* (1955; abrogé).

[29] La *Confédération* peut *presser politiquement* les cantons en leur demandant d'intégrer le texte modèle dans une convention intercantonale afin de lui conférer une portée obligatoire. Ainsi, tandis que la CDEn recommande aux cantons de reprendre le *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons* (MoPEC) « complètement et sans modifications dans leurs législations », la *Confédération* enjoint ceux-ci à l'adopter sous la forme d'un concordat et à le mettre en œuvre intégralement dans leurs législations (FLÜCKIGER 2019b, 119s.).

3. L'encadrement procédural du droit souple

3.1. La consultation et les droits populaires

[30] Certaines conventions intercantionales prévoient expressément des *procédures de consultation* lors de l'élaboration de recommandations, tandis que d'autres conférences les pratiquent de manière volontaire. Ainsi, le *Concordat intercantonal sur la coordination scolaire* impose la consultation de la *Conférence suisse des associations d'enseignants*, et le *Plan d'études 21* a fait l'objet d'une large consultation publique. De même, la *Convention-cadre sur la cyberadministration* et le *Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales* associent les parties prenantes à la préparation de leurs textes de droit souple (normes eCH; standards).

[31] En revanche, les *droits populaires* restent quasiment absents. Les actes des conférences n'étant pas soumis au référendum, même lorsqu'ils sont obligatoires, ils le seront d'autant moins lorsqu'ils revêtent une nature recommandationnelle (GLASER/FUHRER, 525). Seules leurs mises en œuvre cantonales peuvent donner lieu à des votations, comme celles organisées en Suisse alémanique contre le *Lehrplan 21* ou à Berne sur le crédit d'aide sociale reposant sur une recommandation de la CDAS en matière de financement de l'hébergement des personnes mineures non accompagnées.

[32] Ce déficit de participation renforce une situation de ratification de fait (*faktische Ratifikationslage*), où les autorités politiques se bornent à entériner des textes déjà élaborés (GLASER/FUHRER, 525). Pour pallier cette faiblesse, il serait selon nous souhaitable de formaliser la participation parlementaire (par analogie avec la *Convention sur la participation des parlements* [CoParl]) et d'exiger, pour les recommandations les plus importantes, l'unanimité ou une majorité qualifiée au sein des

assemblées plénières, et non pas des comités seuls – à l’image de la CIIP, qui impose l’unanimité pour ses actes stratégiques et politiques (FLÜCKIGER 2019b, 122ss).

3.2. L’évaluation et l’analyse d’impact

[33] L’évaluation tant *prospective* que *rétrospective* des recommandations demeure embryonnaire, bien qu’elle soit essentielle dans un système où le droit souple préfigure souvent la législation. Quelques exemples attestent pourtant d’une évolution : la CSIAS a évalué ses normes avant leur révision, selon le principe *evaluate first* (FLÜCKIGER 2019a, ch. 6.2.1.3b) ; le *Centre suisse de compétences en matière d’exécution des sanctions pénales* (CSCSP) conçoit ses standards par une analyse participative selon une démarche de légistique matérielle ; la CDAS a prévu une évaluation de ses recommandations relatives aux personnes mineures non accompagnées.

[34] Ces expériences, encore isolées, esquissent une *légistique matérielle intercantonale*, fondée sur une mesure des effets et une révision continue à la suite d’une évaluation de leur mise en œuvre (FLÜCKIGER 2019b, 121s.).

3.3. La transparence et la publication

[35] La transparence constitue une autre dimension décisive de la légitimité du droit souple. Si plusieurs conférences – telles la CDIP, la CDS, la COPMA ou la CIIP – *publient* aujourd’hui leurs *recommandations* et parfois leurs *commentaires*, la visibilité d’ensemble reste lacunaire. Les pratiques de publication systématique et d’accès aux *documents préparatoires* demeurent exceptionnelles. Un alignement sur les standards de la transparence administrative s’imposerait pourtant, d’autant que la plupart des cantons reconnaissent un droit d’accès aux informations publiques, principe que la doctrine et la jurisprudence rattachent désormais à l’article 10 CEDH (FLÜCKIGER 2019b, 124s.).

3.4. Le suivi et le contrôle juridictionnel

[36] La mise en œuvre des recommandations fait l’objet de *suivis* plus ou moins formalisés.

[37] Sur le plan *juridictionnel*, les recommandations peuvent être contestées lorsqu’elles produisent des effets concrets sur des droits ou des obligations. Le Tribunal fédéral a reconnu qu’un *acte matériel de nature générale et abstraite*, tel qu’une recommandation étatique, pouvait être soumis au contrôle du juge s’il affecte des droits fondamentaux (ATF 144 II 233). Dans les cantons, l’accès au juge découle soit de normes procédurales analogues, soit directement de l’article 29a Cst.

[38] La difficulté réside dans la *détermination du droit de procédure applicable* aux recommandations issues de conférences intercantionales. Si elles découlent d’une convention intercantonale, elles devraient relever du régime juridictionnel prévu par celle-ci (JEANNERAT, 609 ss). En dehors d’un cadre conventionnel, le contrôle juridictionnel devrait également relever de la procédure administrative, et non civile, nonobstant le fait que ces conférences sont souvent constituées en associations de droit privé au sens des art. 60 ss CC, dans la mesure où ces recommandations intercantionales visent à l’harmonisation du droit cantonal (FLÜCKIGER 2019b, 125s.).

4. Conclusion

[39] Les recommandations des conférences intercantionales constituent un outil efficace d'harmonisation du droit cantonal en dépit de leur nature non obligatoire. Leur légitimité démocratique demeure toutefois insuffisamment assurée.

[40] Un meilleur encadrement procédural s'impose : clarification des compétences, participation démocratique, évaluation, transparence et contrôle juridictionnel. Des bonnes pratiques existent déjà si bien que leur généralisation permettrait de concilier efficacité et légitimité démocratique dans le fédéralisme suisse.

Bibliographie

- ALEXANDRE FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi : Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019 (cité FLÜCKIGER 2019a ; <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116477>).
- ALEXANDRE FLÜCKIGER, « Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s'harmonisent », in : *Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel : entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique*, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flückiger (éd.), Genève 2019, p. 109ss (cité FLÜCKIGER 2019b ; <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:128854>).
- ANDREAS GLASER/CORINA FUHRER, « Der Lehrplan 21 : Interkantonales soft law mit Demokratiedefizit », *RDS* 2015, vol. 134, no 5, p. 513 ss.
- ELOI JEANNERAT, *L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : étude de problèmes choisis posés par la collaboration intercantonale et intercommunale*, Neuchâtel 2018.