

Evaluation de la pratique de la Confédération en matière de procédures d'audition et de consultation

Rapport de la Commission de gestion du Conseil national

du 7 septembre 2011

Rapport

1 Contexte et objet de l'évaluation

La procédure de consultation est un instrument central du processus législatif suisse et bénéficie d'une longue tradition remontant aux origines de l'Etat fédéral. Elle vise à associer, dans la phase pré-parlementaire, les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à la définition des politiques publiques de la Confédération et à en accroître l'acceptabilité politique et la faisabilité technique. Face à la multiplication des consultations dans les années 1990, le législateur a réglementé la pratique pour la première fois dans une loi au sens formel¹ en 2005 avec pour objectif de simplifier la procédure et d'en resserrer le champ d'application². La nouvelle réglementation a notamment introduit une distinction entre la consultation, procédure ouverte par le Conseil fédéral ou le Parlement pour certains projets d'actes tels que les révisions de la Constitution et les projets de grande portée, et l'audition, initiée par les départements et la Chancellerie fédérale à l'occasion de projets de portée mineure.

Si tous les acteurs politiques reconnaissent le caractère judicieux de la consultation, la réforme de 2005 n'a pas produit les résultats attendus et des critiques récurrentes ont été exprimées ces dernières années, ce qui à terme pourrait affaiblir la légitimité de l'instrument. Les participants aux consultations et auditions critiquent en particulier les délais trop courts, le manque de transparence dans le choix des destinataires et le traitement des réponses ainsi que les procédures menées sous la forme d'une conférence.

Conscientes des problèmes susmentionnés, les Commissions de gestion des Chambres fédérales ont décidé le 21 janvier 2010, de confier un mandat au Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) pour mener une évaluation sur la pratique de la Confédération en matière de consultation et d'audition. Sur la base des propositions élaborées par le CPA, la sous-commission compétente (DFJP/ChF) de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a décidé le 30 juin 2010 de concentrer l'enquête sur la pratique de l'administration fédérale en matière d'audition. Il s'agissait notamment de déterminer comment l'administration fait son choix entre procédure de consultation et procédure d'audition, d'identifier les dispositions légales pertinentes pour la procédure d'audition et d'évaluer leur application, ainsi que d'examiner les conditions du déroulement de la procédure et de la communication des résultats.

Le CPA a achevé son étude et remis ses conclusions dans son rapport intitulé «Evaluation de la pratique de la Confédération en matière de procédures d'audition et de consultation» du 9 juin 2011 (voir document en annexe) dont la sous-commission DFJP/ChF a pris connaissance lors de sa séance du 22 juin 2011. Cette dernière a rendu ses conclusions et ses propositions à la CdG-N, qui a approuvé le présent rapport et les recommandations qu'il contient lors de sa séance du 7 septembre 2011

¹ Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo), RS **172.061**.

² Voir Message du 21 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, FF **2004 485**.

et les a transmis au Conseil fédéral. La commission en a autorisé la publication conjointement avec celle de l'évaluation du CPA.

Le présent rapport se fonde sur l'appréciation, par la CdG-N, du rapport d'évaluation du CPA. Il complète ainsi le rapport de synthèse du CPA établi le 9 juin 2011 à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national et n'en mentionne les résultats que si cela contribue à faciliter la compréhension du texte.

Le rapport est structuré en deux principaux chapitres. Le premier s'intéresse au potentiel d'optimisation des procédures de consultation et d'audition (ch. 2.1). Indépendamment du type de procédure, la CdG-N est d'avis que certaines dispositions doivent être redéfinies ou précisées afin de faciliter la mise en œuvre des objectifs de la loi, tels que mentionnés à l'art. 2 de la LCo³. Le deuxième chapitre traite de la distinction entre consultation et audition, distinction qui avait pour but, selon les vœux du législateur lors de l'introduction de la LCo en 2005, de diminuer le nombre de consultations et d'en améliorer qualitativement la procédure. La CdG-N considère cet élément comme le plus problématique de la pratique actuelle et exige du Conseil fédéral qu'il examine l'opportunité de conserver une telle distinction (ch. 2.2).

2 Conclusions de la Commission de gestion

La CdG-N a constaté avec satisfaction que l'évaluation du CPA ne relevait pas de problème majeur quant à l'acceptabilité de l'instrument. Il apparaît que tant les instances organisatrices que les destinataires jugent globalement utile et judicieux le fait de mener une procédure de consultation ou d'audition. Ces derniers apprécient de pouvoir concourir à l'élaboration des décisions fédérales et d'apporter leur expertise dans la définition des politiques publiques. Sur la base des résultats du CPA, la commission arrive toutefois à la conclusion que, d'une part, le but du législateur lors de l'introduction de la loi en 2005 n'a pas été atteint et que, d'autre part, un potentiel d'optimisation réside dans des domaines divers de la procédure de consultation et d'audition.

2.1 Potentiel d'optimisation de la procédure de consultation et d'audition

2.1.1 Rôle et compétences de la Chancellerie fédérale

Selon l'art. 5, al. 3, LCo et l'art. 4 de l'ordonnance correspondante⁴, la Chancellerie fédérale assure la coordination et la planification des consultations et renseigne les départements sur le type de procédure à mettre en œuvre. Dans la pratique cependant, il est rare que la Chancellerie remplisse effectivement sa tâche et, par exemple, soulève une objection à l'encontre des départements ou coordonne le calendrier des différentes procédures. Cela est aussi lié au fait que la Chancellerie fédérale ne

³ L'article définit les buts ainsi: «La procédure de consultation vise à associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à la définition de la position de la Confédération et à l'élaboration de ses décisions. Elle permet de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté.»

⁴ Ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (OCo), RS 172.061.1.

dispose pas des compétences et des instruments nécessaires pour s'imposer, bien que le cadre légal lui accorde un certain nombre de tâches dans ce domaine.

La CdG-N s'inquiète par ailleurs du manque de ressources à disposition de la Chancellerie pour assumer sa tâche de coordination. En raison de la faiblesse des moyens, il apparaît que tant la décision d'ouvrir une procédure d'audition que la conception concrète de la procédure en question sont moins contrôlées que lors des procédures de consultation dont la portée politique est généralement plus grande.

La CdG-N considère que le rôle de coordination de la Chancellerie est important dans la mesure où elle seule pourrait remettre en question la décision d'un département ou d'un office de mener une audition (ou au contraire de ne pas en mener). En effet, l'accord du Conseil fédéral n'est pas nécessaire⁵. La Chancellerie est, en matière d'auditions, le seul organe appelé à examiner les conditions de mise en œuvre, et donc à soumettre à un certain contrôle la participation de milieux concernés externes à l'administration aussi lors de projets d'une portée mineure (cf. art. 147 Cst.)⁶.

Recommandation 1: Rôle et compétences de la Chancellerie fédérale

La CdG-N demande au Conseil fédéral de veiller à éclaircir le rôle, les tâches et les compétences de la Chancellerie fédérale en matière de coordination des procédures de consultation et d'audition, et ce également en matière de procédures d'audition réglées par d'autres lois que la LCo. Il élabore une proposition visant à élargir les compétences et les instruments de la Chancellerie fédérale dans ce domaine et veille à ce qu'elle dispose des ressources appropriées pour exercer son mandat.

2.1.2 **Transparence dans la communication des résultats**

La loi ne fixe pas de dispositions relatives à la manière de prendre en compte respectivement de pondérer les avis, à l'exception de la prise en compte particulière de l'avis des cantons «lorsqu'il s'agit de questions touchant à la mise en œuvre ou à l'exécution de dispositions du droit fédéral» (art. 18 OCo). Malgré le souhait de certains destinataires de voir inscrits dans la loi des critères précis de pondération, la CdG-N est clairement d'avis qu'il serait inopportun de cristalliser l'influence de certains acteurs à travers des dispositions légales contraignantes. La prise en compte des avis des milieux intéressés doit rester une tâche du Conseil fédéral ou de l'autorité organisatrice de la procédure visant à l'acceptabilité politique ou à l'amélioration pratique d'une politique, tel que le prescrivent les buts de la loi.

L'étude du CPA montre néanmoins qu'une plus grande transparence dans la communication des résultats renforcerait la légitimité de l'instrument. Les participants éprouvent le besoin d'être activement informés sur le traitement des prises de posi-

⁵ Ce n'est en général pas le Conseil fédéral qui décide de l'ouverture d'auditions (cf. art. 10 LCo).

⁶ En outre, les projets d'acte faisant l'objet d'une procédure d'audition sont dans la plupart des cas de portée réglementaire et ne sont donc pas traités ultérieurement par le Parlement.

tion, en particulier dans le cas des auditions⁷, et le cas échéant sur la modification du projet initial. La CdG-N attend du Conseil fédéral qu'il examine comment tenir compte dans la pratique de ce besoin légitime d'une communication des résultats plus transparente. Le Conseil fédéral et l'administration fédérale sont ainsi appelés à exprimer plus clairement pourquoi ils tiennent compte de certaines prises de position plus que d'autres, en particulier à la lumière des buts fixés à l'art. 2 LCo.

Recommandation 2: Transparence dans la communication des résultats

La CdG-N demande au Conseil fédéral d'examiner les possibilités d'accroître la transparence des résultats des procédures de consultation et d'audition et d'en améliorer la communication. Dans le cas des procédures d'audition, il veille à ce que les participants soient informés activement et dans des délais raisonnables.

2.1.3 Abrogation des procédures menées sous la forme d'une conférence et introduction d'une obligation de motivation pour la réduction des délais de réponse

La loi prévoit la possibilité de mener des procédures en tout ou en partie sous la forme d'une conférence – c'est-à-dire de renoncer à la forme écrite en principe prévue par la loi – lorsque l'urgence l'exige (art. 7 LCo). Or, l'évaluation du CPA a mis en lumière une critique unanime à l'encontre d'un tel procédé. Les procédures sous forme de conférence sont au moins aussi coûteuses et complexes que les procédures écrites, d'autant plus que les participants adressent dans les faits aussi une prise de position écrite.

La CdG-N est consciente qu'il est parfois nécessaire, dans des situations exceptionnelles, de s'écarter du délai prévu dans la loi pour poursuivre les buts mentionnés à l'art. 2 LCo. Néanmoins, lorsque de tels cas ne sont pas motivés, ils péjorent la légitimité de l'instrument et peuvent donner l'impression d'exercices alibis.

C'est pourquoi la CdG-N est d'avis qu'il serait plus judicieux de répondre à une éventuelle urgence par la seule possibilité de modifier la procédure en réduisant le délai légal de réponse. Cette réduction de délai devra toutefois être motivée par l'autorité organisatrice.

⁷ Dans le cas des procédures de consultation, la Chancellerie fédérale informe les médias, après décision du Conseil fédéral, sur les résultats de la procédure et met à disposition électroniquement le rapport de consultation. L'autorité organisatrice est en outre dans l'obligation d'informer les participants à la procédure sur la publication des résultats (art. 9, al. 1, let.c, LCo et art. 21 OCo). En outre, le message du Conseil fédéral accompagnant le projet d'acte contient un rapport de consultation et indique dans quelle mesure le projet a, le cas échéant, été modifié. Cela n'est généralement pas le cas pour les projets de portée réglementaire qui font l'objet d'une procédure d'audition.

Recommandation 3: Abrogation des procédures menées sous la forme d'une conférence

La CdG-N demande au Conseil fédéral de soumettre au Parlement une proposition visant à abroger la forme de la conférence pour les procédures d'audition et de consultation.

Recommandation 4: Devoir de motiver la décision en cas de réduction des délais de réponse

La CdG-N demande au Conseil fédéral d'élaborer à l'attention du Parlement une proposition de révision de la LCo visant à ce que la loi oblige l'autorité organisatrice à motiver sa décision lorsqu'elle raccourcit les délais en raison du caractère urgent de la procédure.

2.2 Examen de la distinction entre consultation et audition

L'objectif principal du législateur, à l'occasion de l'introduction de la LCo en 2005, consistait à simplifier la procédure et à en resserrer le champ d'application. La possibilité d'ouvrir une procédure de consultation uniquement par l'entremise du Conseil fédéral et seulement pour les projets de grande portée, à travers l'introduction d'une distinction entre consultation et audition, devait conduire à une réduction du nombre de procédures et à une amélioration qualitative de l'instrument. Le message accompagnant la loi précisait ainsi: «la qualité de la procédure de consultation sera améliorée dans la mesure où la consultation n'aura lieu que sur les actes législatifs importants [...]. Comme ils n'auront pas à se prononcer sur les projets de portée mineure, le gouvernement et les milieux consultés pourront se concentrer sur les dossiers importants»⁸.

Force est de constater toutefois que cette distinction est insuffisamment réglementée et largement méconnue des participants aux consultations. Dans ces conditions, le but du législateur n'a pu être atteint.

La CdG-N est donc d'avis qu'il doit être à nouveau examiné dans quelle mesure le maintien de deux procédures de consultation distinctes est justifié et invite le Conseil fédéral à mener cet examen. Suivant que le Conseil fédéral décide de supprimer ou de conserver cette distinction, des recommandations supplémentaires différentes lui sont adressées (cf. ch. 2.2.1 et 2.2.2).

⁸ Message du 21 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, FF 2004 485 488.

Recommandation 5: Pertinence de la distinction entre consultation et audition

La CdG-N attend du Conseil fédéral qu'il examine s'il est opportun de conserver deux procédures de consultation distinctes ou au contraire de supprimer la distinction entre procédure de consultation et procédure d'audition.

2.2.1 Dans le cas où la distinction serait supprimée

Dans le cas où le Conseil fédéral arriverait à la conclusion que la distinction entre consultation et audition n'est pas opportune et qu'il ne faut plus prévoir qu'un seul type de procédure de consultation, la CdG-N recommande d'abandonner les dispositions relatives à l'objet de la consultation (selon lesquelles une consultation doit être organisée pour des projets d'un certain niveau de norme ou d'une grande portée [art. 3 LCo]). Pour la CdG-N, l'autorité compétente, pour juger de l'opportunité d'ouvrir une procédure de consultation, doit en effet s'orienter exclusivement à l'aide des objectifs fixés à l'art. 2 LCo.

De plus, la CdG-N est d'avis que les compétences devraient être clairement réglées et que, par analogie avec la recommandation 4, une obligation de motiver la décision devrait être introduite. La loi devrait préciser à qui revient la compétence de décider d'ouvrir une procédure de consultation et l'autorité organisatrice devrait motiver cette décision à la lumière des buts de l'instrument. En effet, l'ouverture d'une procédure de consultation n'est pertinente que dans la mesure où elle permet de poursuivre les objectifs fixés à l'art. 2 LCo.

Recommandation 5a: Adaptation du cadre légal et introduction d'un devoir de motiver la décision

Dans le cas où le Conseil fédéral déciderait de supprimer la distinction entre consultation et audition, la CdG-N lui demande de soumettre au Parlement une adaptation correspondante du droit en vigueur. Il convient dans ce cadre de définir qui a la compétence d'ouvrir une procédure. De plus, le Conseil fédéral examine s'il convient d'introduire une disposition obligeant l'autorité organisatrice à motiver sa décision d'ouvrir une procédure à la lumière des objectifs fixés à l'art. 2 LCo.

2.2.2 Dans le cas où la distinction serait conservée

Dans le cas où le Conseil fédéral arriverait à la conclusion que la distinction entre consultation et audition est pertinente pour atteindre l'objectif du législateur et qu'elle devrait être conservée, la CdG-N est convaincue que la réglementation de la procédure d'audition doit être éclaircie et complétée. L'évaluation du CPA montre que la différenciation entre consultation et audition n'est pas connue de nombreux destinataires de ces procédures et parfois même de l'administration, et n'est dans la plupart des cas pas pertinente à leurs yeux. Dans la mesure où la procédure d'audi-

tion n'est réglée que de manière marginale dans la loi et dans l'ordonnance, la confusion qui en résulte peut donner l'impression aux participants que les prescriptions réglant la procédure de consultation ne sont pas respectées par l'administration fédérale, ce qui à long terme menace la légitimité de l'instrument. Pour cette raison, la CdG-N considère qu'il est nécessaire de décrire in extenso les conditions-cadres de la procédure d'audition et d'en améliorer la communication à l'égard des destinataires. Il va sans dire que le Conseil fédéral doit également prendre toutes les mesures utiles pour assurer le respect des dispositions (y compris de celles qui sont déjà en vigueur).

De l'avis de la CdG-N, les éléments suivants doivent être modifiés ou précisés:

- *Critères de différenciation.* La loi détermine deux critères essentiels demandant l'ouverture d'une procédure de consultation: le niveau de la norme et la portée du projet (art. 3 LCo). Or, les critères ne sont pas priorisés et dans les faits la portée d'un projet est rarement explicitée. Selon le critère du niveau de la norme (art. 3, al. 1, LCo), les modifications constitutionnelles, les lois importantes et les traités internationaux soumis à référendum doivent nécessairement faire l'objet d'une procédure de consultation. Le niveau de la norme est certes un indice précieux de la portée d'un projet mais il ne reflète pas toujours de manière fidèle son importance matérielle et ne permet pas dans tous les cas de poursuivre les buts fixés à l'art. 2 LCo. Cette situation conduit à des procédures inutiles, comme l'a montré l'évaluation du CPA, et surcharge le système, par exemple lors de procédures relatives à des traités internationaux qui ne peuvent être modifiés sur le plan interne. La portée d'un projet (art. 3, al. 2, LCo) devrait ainsi être le seul critère de différenciation déterminant⁹. Il ne conviendrait cependant pas de le préciser dans la loi avec des dispositions contraignantes, car cela relève essentiellement d'une interprétation politique qui doit se faire au cas par cas. Il paraît par contre judicieux que l'autorité fédérale qui ouvre une consultation justifie sa décision et publie son interprétation de la «portée» du projet (cf. ci-dessous). Il appartient au Conseil fédéral, dans le cadre de son activité de direction de l'administration, de mettre à disposition des services compétents des directives ou des indicateurs afin que le concept de «portée» soit compris et appliqué de manière homogène dans l'administration fédérale. De l'avis de la CdG-N, un tel procédé permettrait d'harmoniser les pratiques actuellement disparates au sein de la Confédération. En se fondant sur un tel catalogue d'indicateurs, qui comme expliqué précédemment ne doit pas être légalement contraignant, le rôle de coordination de la Chancellerie fédérale s'en trouverait facilité (voir recommandation 1).
- *Devoir de motiver la décision.* Les autorités fédérales concernées par une procédure devraient toujours fonder leur décision d'ouvrir une procédure de consultation ou d'audition et leur choix pour l'une ou l'autre forme (cf. ci-dessus). En d'autres termes, les autorités concernées devraient expliquer ouvertement dans quelle mesure une procédure donnée permet de poursuivre les buts de la loi et comment la forme retenue de la procédure – consultation ou audition – correspond à la portée du projet en question.

⁹ Le concept de «projet de grande portée» est d'ailleurs mentionné dans la Constitution fédérale (art. 147 Cst).

- *Compétences décisionnelles.* L'évaluation du CPA montre que la décision du type de procédure à conduire – consultation ou audition – est régulièrement prise au niveau des offices fédéraux et que la décision d'ouvrir une procédure d'audition est rarement remise en question par le secrétariat général du département ou la Chancellerie fédérale (ou même par le Conseil fédéral). Alors que la loi attribue la compétence d'ouvrir une consultation au Conseil fédéral et aux commissions parlementaires, elle ne dit rien des procédures d'audition. Le Conseil fédéral devrait en conséquence déterminer qui dispose de la compétence, et dans quelles conditions, de décider du type de procédure à conduire.
- *Dénomination.* Le terme d'audition est pour beaucoup de milieux concernés une source de confusion car il est plutôt associé à un entretien oral, souvent informel, dans la phase initiale d'élaboration de projets d'acte. Il devrait par conséquent être changé.
- *Meilleure communication au sujet de la distinction entre les deux types de procédures.* Comme le montre l'étude du CPA, la distinction entre consultation et audition est peu ou pas du tout connue de la plupart des milieux consultés. Il paraît primordial d'améliorer la communication à l'égard des destinataires (du moins ceux qui sont énumérés à l'art. 4, al. 2, LCo, comme les cantons, les partis et les associations faitières de l'économie) et de l'administration fédérale. Le Conseil fédéral devrait en particulier veiller à ce que la forme de procédure retenue soit facilement reconnaissable et que les conditions-cadres des deux types de procédures soient mieux connues des personnes concernées.
- *Réglementation additionnelle de l'audition.* La réglementation rudimentaire de la procédure d'audition provoque régulièrement des malentendus. Le Conseil fédéral devrait réexaminer dans quelle mesure les dispositions légales et réglementaires relatives à la procédure de consultation pourraient être appliquées à la procédure d'audition. Aux yeux de la CdG-N, le Conseil fédéral pourrait soit étendre le champ d'application des dispositions de la procédure de consultation à la procédure d'audition, associée à une possibilité de s'en écarter dans des cas motivés (voir recommandation 4) soit définir de nouvelles dispositions, propres à l'audition. Dans tous les cas, la CdG-N appelle le Conseil fédéral à établir des dispositions précises relatives au délai de réponse, au choix des destinataires et au traitement des prises de position (et à veiller à ce que ces dispositions soient aussi respectées).

Recommandation 5b: Précision des conditions de l'audition

Dans le cas où le Conseil fédéral déciderait de conserver la distinction entre consultation et audition, la CdG-N lui demande de préciser les conditions de la procédure d'audition. Dans le cadre de la nouvelle conception des bases légales, il tient compte des éléments suivants:

- 5b.1* Il propose au Parlement d'abandonner le caractère obligatoire du critère du niveau de la norme (art. 3, al. 1, LCo) et veille à ce que l'interprétation du critère de la portée d'un projet soit transparente. Il prend les mesures nécessaires pour favoriser une pratique harmonisée au sein de l'administration fédérale.
- 5b.2* Il veille à ce que l'autorité compétente motive sa décision d'ouvrir une procédure de consultation ou d'audition à la lumière des buts de la loi.
- 5b.3* Il soumet au Parlement un projet de modification de la LCo, qui règle de manière claire à quelle autorité revient la décision d'ouvrir une procédure d'audition.
- 5b.4* Il entreprend des travaux en vue de modifier la dénomination de la procédure d'audition.
- 5b.5* Il veille à ce que la réglementation en vigueur et les différences entre les deux formes de procédure soient connues des milieux consultés et de l'administration fédérale.
- 5b.6* Il veille à ce que des dispositions règlent de manière plus claire la procédure nouvellement dénommée.

3 Suite des travaux

La CdG-N prie le Conseil fédéral de bien vouloir prendre position sur ses conclusions et recommandations ainsi que sur l'évaluation du CPA d'ici au 29 février 2012. Elle l'invite en outre à indiquer au moyen de quelles mesures et dans quel délai il envisage de mettre en œuvre les recommandations de la commission.

7 septembre 2011

Au nom de la
Commission de gestion du Conseil national
La présidente:
Maria Roth-Bernasconi, conseillère nationale
La secrétaire:
Beatrice Meli Andres
La présidente de la sous-commission
DFJP/ChF:
Brigit Wyss, conseillère nationale
Le secrétaire de la sous-commission DFJP/ChF:
Philipp Mäder