

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

Rapport du 7 septembre 2011 de la Commission de gestion du Conseil national

Avis du Conseil fédéral

du 15 février 2012

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'art. 158 de la loi sur le Parlement (LParl), nous nous prononçons ci-après sur le rapport du 7 septembre 2011 de la Commission de gestion du Conseil national concernant l'évaluation de la pratique de la Confédération en matière de procédures d'audition et de consultation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

15 février 2012

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Avis

1 Contexte

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. La sous-commission compétente (DFJP/ChF) de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a décidé, le 30 juin 2010, que le CPA devait concentrer l'enquête sur la pratique de l'administration fédérale en matière d'audition.

Le CPA a achevé son évaluation et remis ses conclusions par la voie d'un rapport daté du 9 juin 2011 (rapport CPA). Se fondant sur le rapport du CPA, la CdG-N a approuvé le rapport du 7 septembre 2011, et l'a transmis au Conseil fédéral en l'invitant à prendre position.

Dans son rapport (ch. 2), la CdG-N constate avec satisfaction que l'évaluation du CPA ne relève pas de problème majeur quant à l'acceptabilité des procédures de consultation et d'audition. Les milieux consultés apprécient de pouvoir concourir à l'élaboration des décisions fédérales et d'apporter leur expertise dans la définition des politiques publiques. Partant de l'évaluation du CPA, la CdG-N arrive toutefois à la conclusion que le but du législateur lors de l'adoption de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (LCo)¹ n'a pas été atteint et qu'un potentiel d'optimisation réside dans des domaines divers des procédures de consultation et d'audition (cf. ch. 3.5 du rapport du CPA). Elle est de l'avis que certaines dispositions doivent être redéfinies ou précisées - quelle que soit la procédure - afin de faciliter la mise en œuvre des objectifs fixés dans la loi (cf. art. 2 LCo). La CdG-N considère que le problème principal réside dans la distinction entre la consultation et l'audition et demande par conséquent au Conseil fédéral d'examiner l'opportunité de maintenir ces deux types de procédure.

Le Conseil fédéral constate que le CPA n'a pas porté son attention sur les initiatives parlementaires mises en consultation. Il tient à rappeler à ce sujet que les prescriptions légales valent tant pour le Conseil fédéral et les départements que pour les commissions parlementaires.

2 Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral remercie la CdG-N de son rapport et des recommandations qu'il contient. Ce rapport met en lumière l'importance et l'utilité des procédures de consultation et d'audition pour les milieux consultés. Le Conseil fédéral prend position ci-après sur les cinq recommandations émises dans le rapport.

¹ RS 172.061

Ad recommandation 1

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.

Le Conseil fédéral est prêt à accepter en partie la recommandation 1 et à prendre des mesures visant à clarifier les compétences des services impliqués dans les procédures. Il rejette cependant toute extension des compétences et des instruments de la Chancellerie fédérale (ChF) en la matière.

Se fondant sur le rapport du CPA, la CdG-N s'inquiète du manque de ressources dont dispose la ChF pour assumer sa tâche de coordinateur et demande de ce fait au Conseil fédéral d'élaborer un projet visant à étendre les compétences et les instruments de cette dernière (cf. ch. 2.1.1).

La loi sur la consultation prescrit à la ChF de coordonner toutes les consultations ouvertes au sein de la Confédération (art. 5, al. 3, LCo), soit les consultations relatives aux projets du Conseil fédéral, de l'administration et des commissions parlementaires. Il s'agit d'une disposition spéciale découlant des tâches générales de coordination incombant à la ChF en vertu des art. 32, let a et 33 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)².

En pratique, on entend par «coordination» le contrôle formel de la conformité et de l'intégralité des documents ainsi que le contrôle réglementaire des textes mis en consultation (respect des prescriptions de la législation régissant la consultation, p. ex. le respect des délais). La coordination porte également sur les auditions concernant des projets de portée mineure, qui ne sont pas ouvertes par le Conseil fédéral mais par les départements (art. 10 LCo). La tâche de coordination implique pour les unités administratives concernées l'obligation de coopérer et donc de fournir en temps et lieu toute information nécessaire à la ChF. Il découle donc de la tâche de coordination une obligation d'informer (obligation de coopérer des départements) mais pas un droit pour la ChF de codécision. Celle-ci se borne à établir, sur la base des communications des départements, un plan semestriel des consultations et des auditions et à le publier avec les documents afférents sur le site internet de l'administration fédérale³.

Le Conseil fédéral constate notamment que la ChF n'est pas systématiquement informée, tant s'en faut, de la portée d'une audition avant l'ouverture de la procédure et qu'elle ne peut, lorsque cela se produit, remplir sa tâche de coordination comme dans le cadre des procédures de consultation.

² RS 172.010

³ www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html

Aux fins de satisfaire, du moins en partie, à la présente recommandation, le Conseil fédéral penche pour l'adoption d'une disposition réglementaire obligeant les unités administratives concernées à présenter à la ChF les documents nécessaires avant l'ouverture d'une procédure d'audition. Il conviendrait également d'examiner l'opportunité d'obliger les départements à coopérer de façon plus étroite à la planification semestrielle. Par ailleurs, il serait utile de rappeler par le canal de l'information et de cours de formation (comme les circulaires, les séminaires tels que le forum de législation, l'instruction des personnes de liaison dans les départements) les responsabilités de chacun en la matière. Le respect des règles doit demeurer de la responsabilité des départements comme c'est le cas actuellement.

D'autres dispositions pourraient être instituées en vue d'optimiser la coordination, l'organisation et le déroulement des procédures. Le cas échéant, elles devront être examinées dans le cadre de la mise en oeuvre de la recommandation 1, en collaboration avec les départements, et être soumises à la Conférence des secrétaires généraux. Une extension des compétences et des instruments de la ChF ainsi que des ressources requises à cet effet ne saurait guère contribuer à une amélioration sensible de la qualité et ce pour les raisons suivantes: conformément aux mesures proposées en réponse à la recommandation 5a, les procédures d'audition seront ouvertes par les départements et elles ne seront plus désignées comme telles mais comme des consultations ce qui conduira nécessairement à plus de cohérence et à une amélioration de la qualité.

Ad recommandation 2

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.

Le Conseil fédéral est prêt à accepter la recommandation 2 en instaurant, par voie d'ordonnance, l'obligation formelle de communiquer les résultats.

Dans son rapport (cf. ch. 2.1.2), la CdG-N relève que la loi ne fixe pas de dispositions relatives à la manière de prendre en compte et de pondérer les avis, à l'exception de la prise en considération de l'avis des cantons lorsqu'il s'agit de questions touchant à la mise en oeuvre ou à l'exécution de dispositions du droit fédéral (art. 18, al. 1, de l'ordonnance du 17 août 2005 sur la consultation, OCo⁴). Malgré le souhait émis par certains destinataires de voir inscrits dans la loi des critères précis de pondération, la CdG-N est néanmoins d'avis qu'il serait inopportun d'y souscrire. Le Conseil fédéral partage l'avis de la commission sur ce point parce que l'analyse des avis doit rester du ressort du Conseil fédéral et de l'autorité organisatrice.

L'étude du CPA montre néanmoins, selon la CdG-N, qu'une plus grande transparence dans la communication des résultats renforcerait la légitimité des consultations et

⁴ RS 172.061.1

des auditions. Elle se fonde en cela sur les avis des sondés qui ont signalé le besoin d'être activement informés sur le traitement des prises de position, en particulier dans le cas des auditions, et le cas échéant sur la modification du projet initial.

Les bases légales en vigueur consacrent déjà le principe de transparence au travers de l'art. 10, al. 2, LCo, qui dispose que le résultat des auditions doit être rendu public. La publication des résultats, qui est du ressort conformément au droit en vigueur, de l'unité administrative compétente doit être établie selon le rapport rendant compte des résultats de la consultation. L'unité administrative est tenue d'informer les participants à la consultation de la publication du rapport en leur indiquant l'adresse électronique auprès de la ChF à laquelle il peut être obtenu (art. 21, al. 3, OCo). Le même régime s'applique aux auditions.

Le Conseil fédéral est disposé à instituer formellement cette pratique en insérant dans l'OCO l'obligation de communiquer les résultats des auditions (de même s'il s'agit d'une consultation ouverte par un département; cf. mesures proposées en réponse à la recommandation 5a) comme c'est le cas pour les consultations. Le rapport rendant compte des résultats d'une audition sera également publié par voie électronique et les participants à l'audition seront informés de l'adresse à laquelle ils pourront se le procurer.

Ad recommandation 3

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.

Le Conseil fédéral considère qu'il n'est pas opportun de supprimer la forme de la conférence et rejette cette proposition.

La loi prévoit la possibilité de mener des procédures sous la forme d'une conférence lorsque l'urgence l'exige (art. 7, al. 3, let. b, LCo). La CdG-N renvoie dans son rapport (ch. 2.1.3) au constat du CPA selon lequel ce procédé est unanimement critiqué. Elle estime comme lui, par ailleurs, que les procédures sous forme de conférence sont au moins aussi coûteuses et nécessitent autant de travail que les procédures écrites, d'autant plus que les participants rendent aussi une prise de position écrite. Elle ajoute que la légitimité de cette procédure, qui implique un nombre restreint de participants, est systématiquement contestée.

Le Conseil fédéral ne partage pas ce point de vue. Il est de l'avis que la consultation sous forme de conférence *ne doit pas* être abandonnée. Elle a des avantages évidents comme la communication immédiate et l'échange direct entre les participants et les autorités. Les arguments avancés dans le rapport de la CdG-N contre cet instrument ne sont pas nouveaux. Ils avaient déjà été exposés dans le pré-rapport concernant la LCo. Certains participants s'étaient inquiétés alors du fait que cette forme de consultation serait forcément plus sélective et moins transparente que la consultation par

écrit⁵. Plusieurs organisations demandèrent à cette occasion que la loi souligne le caractère exceptionnel de la consultation menée par voie de conférence et précise qu'une conférence ne peut être envisagée que dans les cas d'urgence. Il a été donné suite à cette demande à l'art. 7, al. 3, let. b, LCo. Par ailleurs, le droit de rendre un avis par écrit lors d'une consultation menée sous la forme d'une conférence, tel qu'il est prévu à l'art. 17, al. 2, OCo tient compte des critiques de ceux qui prétendent que la conférence permet de limiter le nombre des participants par rapport à la procédure écrite. La suppression totale de la consultation sous la forme de conférence comme le propose la CdG-N (recommandation 3) restreindrait par trop la marge de manœuvre du Conseil fédéral et de l'administration.

Enfin, il faut prévoir la possibilité d'organiser une procédure de consultation sous la forme d'une conférence lorsque, à la suite d'une procédure ordinaire, des éléments ou événements nouveaux doivent être pris en considération au point de justifier une nouvelle consultation des milieux concernés.

Ad recommandation 4

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.

Le Conseil fédéral est prêt à accepter la recommandation 4 en prévoyant dans les lettres d'accompagnement aux destinataires l'obligation de motiver une réduction des délais.

En ce qui concerne le raccourcissement des délais, la CdG-N constate (ch. 2.1.3) qu'il est parfois nécessaire, dans des situations exceptionnelles, de s'écarter du délai prévu dans la loi. Néanmoins estime-t-elle, lorsque de tels délais ne sont pas motivés, ils péjorent la légitimité de la procédure.

Le Conseil fédéral est très attaché au respect des délais légaux et à ce que les participants disposent de suffisamment de temps pour rendre leur avis.

S'agissant du raccourcissement des délais, la transparence pourrait être améliorée en mentionnant les motifs du raccourcissement, qui doivent être exposés dans la proposition au Conseil fédéral (art. 6, let. c, OCo), dans la lettre d'accompagnement aux destinataires. Le Conseil fédéral n'a toutefois aucun pouvoir sur les consultations menées par les commissions parlementaires même pour ce qui concerne le respect des délais. L'obligation de signaler aux participants à la procédure les motifs du raccourcissement du délai pourrait être insérée dans l'OCO. Il serait en outre judicieux d'instituer cette obligation au niveau de la loi – comme le demande la recommandation – car il serait acquis de la sorte que les commissions parlementaires doivent également s'y tenir. Le Conseil fédéral est prêt à soumettre au Parlement un projet allant en ce sens.

⁵ FF 2004 485 492

Ad recommandation 5

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.

Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas utile de maintenir deux procédures différentes. Il convient cependant de conserver une certaine souplesse à cet égard.

La CdG-N mentionne dans son rapport (ch. 2.2.1) que le but premier du législateur, en 2005, était de simplifier et de concentrer la procédure sur l'essentiel et d'alléger la charge du Conseil fédéral. En distinguant les consultations (qui sont ouvertes par le Conseil fédéral sur les projets de grande portée) des auditions (qui peuvent être ouvertes par les départements ou les offices sur des projets de portée mineure) le législateur pensait améliorer la qualité des consultations. Partant du rapport d'évaluation du CPA, qui juge que les dispositions régissant cette distinction ne sont pas suffisamment précises et, par ailleurs, largement méconnues des destinataires, la CdG-N s'interroge sur la nécessité de maintenir deux procédures. Elle demande subséquemment au Conseil fédéral d'étudier la question et - selon ses conclusions - de donner suite à la recommandation 5a ou 5b.

Ad recommandation 5a (variante: suppression de la distinction)

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.

Suivant la recommandation 5a, le Conseil fédéral est prêt à supprimer la distinction entre consultation et audition. Il entend cependant maintenir ces deux instruments, qui ont donné satisfaction jusqu'à présent, tout en uniformisant la procédure. L'autorité organisatrice sera tenue en outre de motiver sa décision d'ouvrir une procédure à la lumière des objectifs fixés à l'art. 2 LCo.

Il ressort de l'évaluation du CPA que la différenciation entre consultation et audition n'est pas connue de nombreux destinataires et que les règles applicables à la procédure ne sont pas suffisamment précises. Le Conseil fédéral est disposé à examiner la variante «suppression de la distinction». En réponse à la présente recommandation, il se propose de mettre en oeuvre les mesures suivantes:

- *Seule sera maintenue l'appellation «consultation»*: selon l'objet, la consultation sera ouverte soit par le Conseil fédéral soit par le département. La LCo et l'OCo seront modifiées en conséquence.
- *Les procédures seront harmonisées*: les mêmes règles s'appliqueront en principe aux deux procédures pour ce qui touche la communication, les délais, la publicité et la transparence. Seront notamment harmonisés les délais applicables aux auditions. L'enquête du CPA révèle en effet que, depuis l'entrée en vigueur de la LCo, le délai moyen accordé lors des auditions écrites est nettement plus court que le délai moyen octroyé pour les consultations organisées en la forme écrite⁶.

Il conviendra de vérifier si l'ouverture des «auditions» (selon la terminologie actuelle) doit relever de la compétence des départements auquel cas les unités administratives organisatrices (offices et commissions décisionnelles) resteraient compétentes pour préparer et exécuter les procédures concernant les objets de portée mineure. La décision d'ouvrir ou non une «audition» continuerait d'être prise dans ce cas au niveau départemental (art. 10 LCo). Ce dispositif contribuerait sensiblement à faciliter les tâches de coordination de la ChF et à harmoniser la pratique.

La consultation est un instrument à la disposition du Conseil fédéral et des commissions parlementaires (art. 5, al. 1 et 2 LCo) destiné à recueillir l'avis d'un grand nombre d'associations et d'institutions sur des objets d'importance (art. 4 LCo). L'audition sert à l'administration à entendre l'avis des milieux directement concernés, notamment des organisations spécialisées, des associations et organisations professionnelles et des services cantonaux et communaux⁷. Elle doit permettre notamment d'associer des experts externes à l'élaboration d'un projet, d'informer les milieux intéressés de ce qui se prépare, de collecter les informations nécessaires et de déterminer la façon dont le projet sera accepté par les milieux concernés. Aux yeux du Conseil fédéral, l'audition est un instrument dont les départements ne sauraient se passer. Or pour qu'il puisse continuer d'être utilisé avec toute l'efficacité requise, il doit être aménagé en fonction des destinataires⁸, ce qui sera réalisé à la faveur de l'harmonisation des procédures. Dans certains cas, l'autorité doit continuer d'être en mesure de restreindre le cercle des destinataires ou de raccourcir les délais, étant entendu qu'elle devra communiquer les motifs qui l'ont conduite à adopter une telle restriction.

L'harmonisation des procédures peut être effectuée dans le cadre d'une révision partielle de l'OCo.

Par ailleurs il est déjà largement acquis dans la pratique actuelle qu'une consultation ne peut être ouverte que si toutes les conditions fixées aux art. 2 (but) et 3 (objet)

⁶ Rapport d'évaluation du CPA, ch. 3.2.2, p. 23. L'analyse des données disponibles sur toutes les auditions organisées depuis l'entrée en vigueur de la LCo révèle que le délai moyen octroyé pour les auditions organisées en la forme écrite est de 57 jours alors qu'il est de 101 jours pour les consultations organisées sous la même forme. Les organisateurs d'auditions prévoient la plupart du temps des délais de 30 à 49 jours (25 %) ou de 50 à 69 jours (23 %) pour permettre aux destinataires de rédiger et de remettre un avis. Dans 18 % des cas, les participants aux auditions ont dû rendre leur avis dans un délai d'un mois (moins de 30 jours).

⁷ FF 2004 485 507

⁸ Sägersser, commentaire de la loi sur la consultation, ch. 17, 18 et 21 ad art. 10 LCo.

sont remplies.⁹ A cet égard, la requête de la CdG-N est donc satisfaite pour l'essentiel. Cependant par souci de transparence et de cohérence, l'OCO sera modifiée de sorte que le département organisateur soit tenu de motiver sa décision d'ouvrir une procédure de consultation à la lumière des objectifs fixés à l'art. 2 LCo.

Ad recommandation 5b (variante: maintien des deux procédures)

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.

Le Conseil fédéral est prêt à renoncer à deux types de procédure.

Le Conseil fédéral estime que les propositions émises dans le cadre de la recommandation 5b vont trop dans les détails. Il se réserve cependant la possibilité d'examiner certains éléments de la recommandation et d'en tenir compte, s'il le juge utile, à la faveur de la révision partielle de la LCo et de l'OCO et de la mise en oeuvre de la recommandation 5a. Il entend examiner en particulier les ch. 5b.2 et 5b.3 de la recommandation 5b et la mise en place dans la LCo d'une réglementation plus claire de la pratique actuelle en matière de procédure de consultation (en renonçant expressément au caractère obligatoire du critère du niveau de la norme), ce qui répondrait en partie à la requête émise au ch. 5b.1.

⁹ Cf. Avis du Conseil fédéral du 7.09.2011 ad 10.440 Iv. pa. CIP-E.
Améliorer l'organisation et les procédures du Parlement; FF 2011 6297.

