

La procédure de consultation sous toutes ses formes

Le forum du 26 octobre 2017 a été organisé conjointement avec les cantons. La thématique de la procédure de consultation, externe, mais aussi interne, a été au centre des discussions.

Pour débiter l'après-midi, Monsieur Stephan C. Brunner¹ a présenté un *bilan de la révision de la loi sur la consultation* (LCo; RS 172.061) du 26 septembre 2014 (RO 2016 925), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, de la perspective des cantons. A la base de cette révision, on trouve deux documents. Le premier est le rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national sur l'évaluation de la pratique de la Confédération en matière de procédures d'audition et de consultation du 9 juin 2011 (FF 2012 2149). Il contient cinq recommandations, qui se fondent en partie sur des critiques émanant des cantons: étendre et définir clairement le rôle et les compétences de la Chancellerie fédérale (ChF), communiquer de manière plus transparente les résultats des procédures de consultation et d'audition, supprimer la procédure sous forme de conférence, introduire un devoir de motiver les réductions de délais, et examiner l'opportunité de maintenir – le cas échéant en la concrétisant d'avantage – la procédure d'audition. Le second document est le Rapport du groupe de travail commun Confédération-cantons² sur la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons du 13 février 2012³. Il conclut notamment que les annexes aux projets législatifs mis en consultation externe devraient inclure de la documentation sur la mise en œuvre, que le rapport de synthèse devrait contenir un chapitre spécifique sur ce point, et enfin que l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1; OLOGA) devrait être complétée par une disposition prévoyant l'implication précoce des cantons dans le processus législatif.

Compte tenu des conclusions de ces deux documents, mais aussi des remarques de la CdC lors de la consultation externe, la LCo a été modifiée sur les points suivants: suppression de la distinction entre procédures de consultation et d'audition (art. 3); fixation de délais de consultation clairs et introduction d'un devoir de motiver leur réduction (art. 7, al. 3 et 4); introduction d'une base légale claire pour la renonciation à une procédure de consultation (art. 3a); suppression de la procédure sous forme de conférence (art. 7, al. 2); suppression de la limitation du cercle des destinataires; suppression de la délégation pour l'ouverture des procédures de consultation facultatives. L'ordonnance sur la procédure de consultation

(OCo; RS 172.061.1) a elle été modifiée sur les points suivants: introduction d'un devoir de consulter préalablement la ChF pour tous les types de procédure de consultation, y compris en cas de renonciation à en ouvrir une (art. 4a); modification de plusieurs dispositions visant à une meilleure prise en compte de la thématique de la mise en œuvre de la loi (art. 8, 9, 10 ou 20). Une nouveauté importante introduite dans le sillon de la révision du droit de la consultation est l'art. 15a OLOGA, sur la collaboration de la Confédération avec les cantons et les autres organes d'exécution. Au final, 12 des 14 revendications essentielles des cantons ont été totalement ou partiellement réalisées. Par ailleurs, on remarque en pratique notamment que la révision a permis d'assurer une transmission plus centralisée des projets mis en consultation, et que depuis 2016, il y a eu peu de procédures avec des délais très réduits.

Pour poursuivre l'après-midi, Madame Eva Vontobel-Lareida⁴ et Monsieur Fabien Mangilli⁵ ont présenté les *procédures de réponse aux consultations fédérales dans leurs cantons respectifs*, soit Zurich et Genève.

A Zurich, les invitations à se prononcer sur un projet fédéral sont adressées à la Chancellerie, qui transmet ensuite les documents aux unités compétentes par voie électronique après avoir élucidé d'éventuels conflits de compétences. Simultanément, elle publie le projet sur son site Internet, afin que tout un chacun puisse prendre position. Le dossier est ensuite attribué à un collaborateur qui doit, le cas échéant après avoir pris connaissance des objectifs de son département, ouvrir une procédure de co-rapport. Cette dernière est menée auprès de l'administration cantonale (directions, chancellerie et offices [office du commerce par exemple]), d'autres autorités (tribunaux, communes), d'instituts (hôpitaux, universités) et de tiers (associations par exemple). En principe les partis politiques ne sont pas consultés, dans la mesure où ils figurent déjà sur la liste des destinataires de la Confédération. Parfois on demande aux milieux consultés de se prononcer sur certains points particuliers, tels que le besoin de mise en œuvre (adaptation des lois cantonales et communales), les coûts de la mise en œuvre et les tâches supplémentaires durables ou encore l'analyse coût/besoins.

Le collaborateur en charge de la procédure de co-rapport rédige ensuite un projet de proposition. Le chef de direction est impliqué à ce stade déjà lorsqu'il y a des controverses ou des questions matérielles importantes et en cas de dossier politiquement sensible. Après cela, le projet est transmis au secrétariat général, qui l'examine avant de le soumettre au chef de direction pour signature. Les points d'importance devant être discutés au sein du Conseil-exécutif sont mis en évidence et développés. Le dossier est ensuite transmis par voie électronique à la Chancellerie pour être inscrit à l'ordre du jour de la séance du Conseil-exécutif. La proposition est alors soit adoptée, soit renvoyé à la direction compétente pour être retravaillée.

Madame Vontobel-Lareida relève deux difficultés principales pour le canton de Zurich en lien avec le déroulement de la procédure. La première concerne le délai. Ce dernier peut s'avérer très difficile à tenir lorsqu'un projet est volumineux, que ses conséquences financières sur les cantons doivent être examinées ou qu'il est traité en parallèle par la CdC. Dans de tels cas une prolongation de délai est en principe sollicitée. La seconde difficulté réside dans le fait qu'il peut être compliqué pour le canton d'adopter une position lorsque les intérêts des milieux intéressés en son sein sont opposés (économie vs administration, ou canton vs communes).

A Genève, les réponses aux consultations fédérales ne suivent pas de procédure spécifique. Comme il n'y a pas de service ou d'entité de l'administration chargée des réponses⁶, il n'y a pas non plus d'objet du Conseil d'Etat «réponse aux consultations fédérales». On applique ainsi les règles générales relatives au traitement des objets du Conseil d'Etat. Comme à Zurich, le dossier arrive à la Chancellerie. Celle-ci ne publie en revanche pas le projet sur son site Internet. La lettre de consultation est listée – avec environ 30 à 60 autres en point 3 de l'ordre du jour («courriers entrants») de la séance utile du Conseil d'Etat suivant sa réception. Lors de cette séance, le projet est attribué à un département – év. avec la désignation d'un département co-rapporteur – en fonction du thème. Pour préparer la réponse du canton, le département en charge du dossier est assez libre. Il peut prendre des informations auprès d'autres entités de l'administration cantonale, consulter les milieux intéressés (les partis politiques ne le sont en principe pas), ou encore élaborer sa réponse par le biais d'organes transversaux de l'administration (collèges spécialisés par exemple). La réponse se matérialise par une lettre du Conseil d'Etat. Celle-ci est inscrite à l'ordre du jour 14 jours avant la séance du Conseil d'Etat en point 5 (affaires courantes et administratives) voire en point 4 (affaires urgentes) en fonction notamment du délai de réponse et de l'ampleur du dossier. Le département doit demander l'accord du département co-rapporteur, par le biais de son secrétariat général, avant de pouvoir inscrire le dossier à l'ordre du jour. La réponse est ensuite publiée sur le site Internet de l'Etat. Il y a également, dans la très large majorité voire la quasi-totalité des cas, un résumé de la réponse dans le point de presse hebdomadaire après la séance. Pour illustrer la procédure, Monsieur Mangilli a pris un exemple concret, le projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales⁷. Ce projet, en raison de son caractère transversal, a été attribué à la Chancellerie. Tous les départements étaient co-rapporteurs. Le projet de réponse du Conseil d'Etat a été élaboré dans le cadre du groupe interdépartemental sur la protection des données et la transparence (soit les responsables de la protection des données et de la transparence de chaque

département). Le préposé à la protection des données et à la transparence du canton a été consulté, de même que le Pouvoir judiciaire.

Monsieur Mangilli estime que la procédure à Genève, bien que peu formalisée, fonctionne plutôt bien. Il doute qu'un système spécifique soit mis en place à brève échéance. En revanche, compte tenu du nombre toujours plus élevé des procédures de consultation, il estime qu'une réflexion sur une priorisation des réponses selon les objets mériterait certainement d'être menée. Par ailleurs, il relève la pertinence de la problématique de la mise en œuvre par les cantons, en particulier lorsque le projet fédéral met en œuvre le droit international et que les cantons doivent aussi adapter leur droit.

L'après-midi s'est terminé par une contribution concernant la consultation des offices. Tant l'Office fédéral de la justice (OFJ) que la ChF ont remarqué qu'il s'était installé au sein de l'administration fédérale une pratique consistant à les solliciter préalablement à la consultation des offices ordinaires. Si une telle démarche peut selon les cas faire du sens, il ne faudrait pas qu'elle devienne systématique, en raison des ressources qu'elle mobilise notamment.

Madame Colette Rossat-Favre⁸ estime qu'une *pré-consultation de l'OFJ* se justifie dans les cas suivants notamment: il se pose des questions de principe qu'il convient d'éclaircir en amont afin de ne pas se tromper d'orientation dès le début; le projet comporte des points spécifiques problématiques qui nécessitent des connaissances spéciales; une intervention dans le cadre de la consultation des offices traditionnelle ne permettrait plus de modifier le projet⁹. L'OFJ ne doit dans tous les cas pas avoir le rôle d'un service délivrant des «bons pour la consultation». Les offices responsables – a fortiori lorsqu'ils disposent d'un service juridique – doivent être en mesure de faire eux-mêmes le contrôle de qualité de leurs projets. Par ailleurs, il est souvent plus approprié de prévoir un long délai pour la consultation ordinaire plutôt qu'un petit délai pour une pré-consultation et un autre petit délai pour la consultation normale, comme c'est souvent le cas. Une bonne loi mérite qu'on y accorde du temps.

Pour Monsieur Markus Nussbaumer¹⁰, la *pré-consultation des services linguistiques de la Chancellerie et de la Commission interne de rédaction (CIR)* est une démarche intéressante car les offices sont souvent plus enclins à procéder à des adaptations rédactionnelles à ce stade plutôt qu'après. Le phénomène a toutefois pris une trop grande ampleur. Une pré-consultation ne devrait intervenir que pour clarifier des questions préalables techniques. Il peut s'agir par exemple de définir le titre ou la structure d'un acte législatif, sa division, ses annexes. Il peut aussi s'agir de questions de terminologie, de langue ou de formulation (non sexiste par exemple). L'office pourra aussi vouloir réserver une abréviation dans le TERMDAT¹². Monsieur Nussbaumer relève toutefois que même en se limitant à

ces situations, le travail supplémentaire pour la ChF est immense. La raison en est que pour se prononcer de manière sérieuse, le collaborateur doit bien souvent prendre connaissance de l'entier du projet. Il arrive parfois qu'un office soumette un projet dans son ensemble, en lieu et place de questions ponctuelles. Les services linguistiques ou la CIR n'entreront dans ce cas en matière que si les collaborateurs de l'office en question s'engagent à être atteignables et que le projet – s'il s'agit d'une loi – est livré en allemand et en français. L'office ne saurait dans tous les cas pas livrer un brouillon en partant du principe que la CIR fera le travail qu'il lui revient de fournir.

Camille Dubois, avocate, Office fédéral de la justice, Berne
courriel: camille.dubois@bj.admin.ch

Die Unterlagen zu den Themen des Forums für Rechtsetzung finden Sie unter:
www.bj.admin.ch > *Staat & Bürger* > *Legistik* > *Forum für Rechtsetzung*

Notes

- 1 Chef de la section droit de la Chancellerie fédérale (ChF).
- 2 Ce groupe de travail a été institué par le Conseil fédéral et la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) suite à un conflit intervenu en 2009 entre le Conseil fédéral et les exécutifs cantonaux à propos du nouveau régime de financement des soins.
- 3 www.kdk.ch > Themen > Föderalismus und Staatsrecht > Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone
- 4 Cheffe du service de législation du canton de Zurich
- 5 Directeur des affaires juridiques, Chancellerie d'Etat, République et canton de Genève
- 6 Sous réserve des consultations de la CdC, pour lesquelles le service des affaires extérieures et fédérales est compétent.
- 7 FF 2017 6803
- 8 Cheffe de l'Unité Législation I de l'Office fédéral de la justice (OFJ); coordonnatrice (f) de la Commission interne de rédaction (CIR)
- 9 Par exemple pour les traités internationaux il est important d'intervenir avant le paraphage, et pour les statuts d'un institut, avant son adoption par l'organe compétent.
- 10 Chef de la section allemande des Services linguistiques centraux de la ChF et chef de la CIR.
- 11 Composée de représentants de l'OFJ et des services linguistiques de la ChF.
- 12 www.termadat.bk.admin.ch