

Mise en œuvre du droit fédéral par les cantons

Formes et procédures d'implication précoce des cantons dans l'élaboration d'avant-projets d'actes législatifs fédéraux

Rapport final

(Traduction du résumé et des recommandations)

Christian Rüefli

Berne, 1^{er} mai 2015

Résumé

Contexte et objectifs de l'étude

La qualité d'un acte normatif se mesure notamment à son applicabilité. La législation fédérale dispose du reste que l'applicabilité des lois et ordonnances de la Confédération doit être examinée dès leur élaboration. Elle prévoit aussi que les cantons soient associés à l'élaboration des actes normatifs fédéraux qui touchent leurs intérêts. Dans de nombreux domaines, la mise en œuvre du droit fédéral incombe aux cantons. Leur expérience et leurs connaissances pratiques en la matière gagnent à être prises en compte à un stade précoce, c'est-à-dire en amont même de la procédure de consultation ; l'acte normatif est alors susceptible d'être plus facile à mettre en œuvre et mieux accepté.

Il n'existe à ce jour aucune vue d'ensemble complète et systématique de la fréquence à laquelle les cantons sont associés à l'élaboration d'actes normatifs fédéraux, des formes que revêt cette participation et des procédures auxquelles il est fait appel. La Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) a confié un mandat de recherche au bureau Vatter, Politikforschung & -beratung pour remédier à cette lacune. Elle l'a chargé d'étudier à quelle fréquence et sous quelle forme l'administration fédérale et les commissions parlementaires associent l'échelon cantonal à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux. Il s'agissait aussi d'apprécier l'impact de la participation des cantons aux processus législatifs et la représentativité des inputs fournis dans ce cadre. L'accent a été mis sur les phases du processus législatif en amont de la consultation, c'est-à-dire l'analyse du mandat, la planification du projet et l'élaboration de l'avant-projet et du rapport explicatif.

Méthode

L'étude s'adosse à une analyse de la littérature spécialisée et à des entretiens menés avec des représentants d'offices fédéraux, des Services du Parlement, de conférences de directeurs cantonaux et d'administrations cantonales. Par ailleurs, une enquête en ligne a été réalisée auprès de l'administration fédérale sur la façon dont celle-ci a associé l'échelon cantonal aux travaux d'élaboration de la législation fédérale entre 2010 et 2013. Ont été interrogés les interlocuteurs pour chacun des 306 projets législatifs de la Confédération de cette période dans l'exécution et la mise en œuvre desquels les cantons étaient concernés selon la CdC. 184 réponses sont rentrées, ce qui correspond à un taux de retour de 60 %. Un atelier a été organisé pour présenter les résultats de l'enquête et en débattre avec des représentants de la Confédération, des cantons et des conférences intercantionales. Le but principal de la manifestation était d'entendre le son de cloche des représentants de l'échelon cantonal et de consigner leurs expériences. Finalement, des propositions de réaménagement et de mesures ainsi que des recommandations ont été élaborées. Ce travail a été réalisé en partant des

résultats de l'enquête et en s'adossant à la littérature spécialisée lors de séances avec les mandants.

Résultats

Les résultats de l'enquête empirique sur l'implication précoce de l'échelon cantonal aux processus d'élaboration de la législation fédérale sont présentés succinctement ci-après.

Fréquence et motivations de l'implication

Parmi les interlocuteurs de l'administration fédérale ayant fourni des réponses, environ la moitié ont indiqué que des représentants de l'échelon cantonal avaient été associés directement à l'élaboration de l'avant-projet. Ainsi, au moins un cinquième des avant-projets d'actes normatifs fédéraux de la période étudiée dans l'exécution et la mise en œuvre desquels les cantons étaient concernés selon la CdC ont été élaborés sans la participation directe des cantons.

Le fait que des représentants de l'échelon cantonal sont sollicités dépend avant tout de l'appréciation de la personne compétente à l'échelon fédéral, selon qu'elle considère ou non que les cantons sont touchés par le projet ou qu'ils sont chargés de son exécution. Le fait que des personnes à l'échelon cantonal aient des connaissances techniques particulières est un autre critère cité fréquemment. Les principales motivations pour associer l'échelon cantonal aux travaux sont la possibilité de s'entretenir avec des représentants des cantons de difficultés prévisibles en matière d'exécution et de tirer profit de leur expérience et de leurs connaissances techniques. Des considérations politiques (faire en sorte que le projet sera bien accepté) jouent souvent un rôle important également.

Le motif généralement avancé pour renoncer délibérément à associer les cantons à un processus législatif est que ceux-ci ne seraient pas touchés par l'acte normatif concerné ou pas chargés de son exécution, ou encore qu'il s'agirait seulement d'apporter des modifications techniques ou marginales à l'acte normatif concerné.

L'échelon cantonal tend à être davantage associé à l'élaboration d'un projet d'acte normatif fédéral déterminé s'il entretenait déjà avec l'échelon fédéral des relations institutionnalisées, indépendamment de tout projet concret (forum d'échange p. ex.). Les prédispositions générales de l'office fédéral concerné à l'égard des cantons sont un facteur important également. S'il considère comme une évidence de collaborer avec les cantons dans un esprit de partenariat vu leur rôle dans l'exécution de la législation fédérale, il est plus probable que les cantons soient associés à son élaboration.

Il n'est pas rare que la question de savoir si l'échelon cantonal doit être associé à l'élaboration d'un acte normatif fédéral déterminé ne soit pas même soulevée explicitement. Les personnes chargées de la planification du projet jouent souvent un rôle déterminant à cet égard. Dans les cas où la question est soulevée explicitement, le fait que les cantons

soient ou non touchés par l'acte normatif, ou plus exactement l'appréciation subjective portée sur ce point, conditionne la réponse. Les résultats de l'enquête incitent à penser que les personnes compétentes à l'échelon fédéral tendent à sous-estimer la mesure dans laquelle les cantons sont touchés par les actes normatifs de la Confédération.

Forme de la participation et phase dans laquelle elle est sollicitée

Dans la grande majorité des processus législatifs examinés (86 %), l'administration fédérale a confié l'élaboration de l'avant-projet à un groupe de travail interne. Dans un peu plus d'un cas sur deux (52 %), des spécialistes extérieurs à l'administration ont été associés aux travaux. Tendanciellement, l'échelon cantonal est davantage sollicité pendant les phases « discursives » du processus législatif (analyse du mandat, conception de l'acte normatif, rédaction de l'avant-projet) que pour l'élaboration de documents formalisés (rapport préalable, esquisse de l'acte normatif, rapport explicatif). Dans la moitié des cas, les cantons ont par ailleurs participé directement à la phase du processus entre la consultation et les délibérations parlementaires.

La participation des représentants des cantons aux processus d'élaboration de la législation fédérale peut revêtir différentes formes, souvent même dans le cadre d'une même procédure. Les formes de participation les plus fréquentes sont la participation de représentants des cantons à un groupe de travail (56 % des cas) et l'échange informel (54 %). L'existence antérieure de relations institutionnalisées joue un rôle dans près de la moitié des cas (44 %). D'autres formes de participation très répandues sont la prise de position écrite et la participation à des séances, à des auditions ou à des entretiens en qualité de spécialiste.

Selon les informations qualitatives recueillies, les projets d'acte normatif de commissions parlementaires sont généralement élaborés par leur secrétariat, en collaboration avec l'unité compétente au sein de l'administration. Des personnes extérieures à l'administration sont rarement sollicitées. Les commissions et leurs secrétariats entretiennent des contacts systématiques avec les conférences politiques de directeurs cantonaux et les associent parfois à l'élaboration de projets d'acte normatif dans le cadre d'auditions. Les auditions ont pour but de dresser un état des lieux politique ou de discuter de questions touchant l'exécution. En règle générale, les commissions parlementaires se concentrent surtout sur des aspects politiques et des problématiques fondamentales et délèguent à l'entité fédérale compétente l'éclaircissement et le traitement des questions techniques ou pratiques soulevées par l'acte normatif, y compris celles de son applicabilité.

Sollicitation des personnes associées aux travaux

Dans pratiquement toutes les procédures traitées par l'enquête auxquelles l'échelon cantonal a été associé, les cantons ont désigné eux-mêmes leurs représentants ou de concert avec la Confédération. En général, des personnes déterminées sont sollicitées directement et

spécifiquement. Dans certaines procédures, une conférence de directeurs cantonaux a été sollicitée, dans d'autres des organes spécialisés ou une conférence technique spécialisée.

Dans la grande majorité des cas examinés, les autorités fédérales sollicitent les représentants de l'échelon cantonal de façon ciblée, sur la base de critères objectifs. Le critère principal est les connaissances techniques et l'expertise des personnes concernées. Leur fonction ou le fait qu'elles soient compétentes pour le domaine concerné a été cité également. Le troisième critère par ordre d'importance est l'appartenance à un organe préexistant ou l'existence de contacts institutionnalisés.

Représentativité de l'implication

Les informations recueillies ne permettent pas de se prononcer définitivement sur la question de savoir si les inputs des représentants de l'échelon cantonal associés aux processus d'élaboration d'actes normatifs fédéraux sont représentatifs de l'hétérogénéité des contextes, des expériences et des analyses faites dans les différents cantons. La plupart des participants de l'échelon cantonal aux processus examinés travaillaient pour une administration cantonale. Plus rarement, des personnes travaillant pour des conférences spécialisées ont participé à des procédures, de même que des personnes travaillant pour des conférences politiques. De l'avis des personnes interrogées à l'échelon fédéral, les inputs des représentants de l'échelon cantonal reflètent d'abord des points de vue, des avis ou des expertises personnels, et ensuite seulement la position de « tous les cantons ».

D'après les réponses reçues à l'enquête empirique, les représentants de l'échelon cantonal se sont concertés avec d'autres personnes dans un peu plus de la moitié des cas considérés (concertation au sein d'une conférence spécialisée en général). Selon des informations qualitatives fournies par l'échelon cantonal, différentes conférences politiques et spécialisées pilotent et coordonnent leur participation aux processus d'élaboration de la législation fédérale en donnant des mandats explicites aux personnes déléguées. Les cantons font état de certaines difficultés en rapport avec le choix de ces personnes sollicitées, avec l'information sur la participation de l'échelon cantonal et avec la concertation sur des questions techniques entre les différentes entités cantonales et intercantionales.

Impact de l'implication

La majorité des représentants de l'échelon cantonal associés à l'élaboration de projets d'acte normatif participent activement aux travaux et s'expriment tant sur des questions de fond que sur des aspects pratiques d'exécution. Cependant, les problématiques d'exécution tendent à être évoquées plus rarement, ce qui tient à différentes raisons.

Des suggestions faites par les représentants des cantons ont été prises en compte dans presque tous les projets de l'administration fédérale auxquels l'échelon cantonal a été directement associé. L'influence exercée au plan matériel ne dépend pas de la forme de la participation. S'agissant des avant-projets du Parlement, il ressort des entretiens menés que la

prise en compte (ou non) des suggestions ou réserves émises par l'échelon cantonal dépend fortement de considérations politiques de la commission parlementaire compétente.

La plupart des personnes interrogées à l'échelon fédéral qualifie de positives les expériences faites avec la participation de représentants de l'échelon cantonal à des processus législatifs fédéraux. Le principal avantage est qu'elle permet d'améliorer l'applicabilité de l'acte normatif concerné et sa viabilité dans la pratique. Elle en favorise aussi l'acceptation. Des voix plus rares critiquent la qualité de la collaboration avec les représentants de l'échelon cantonal et le déficit de représentativité de leurs inputs.

Conclusions et recommandations

Les résultats empiriques obtenus dans le cadre de la présente étude permettent d'approfondir les constats dressés par le groupe de travail commun Confédération-cantons dans son rapport de 2012. Aux yeux des cantons, il y a lieu de prendre des mesures à trois niveaux pour améliorer la procédure d'élaboration d'actes normatifs fédéraux :

- L'échelon cantonal devrait être associé systématiquement et à un stade précoce à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux afin de permettre une discussion axée sur la pratique des problématiques de mise en œuvre et d'exécution.
- La participation de l'échelon cantonal à des travaux législatifs fédéraux à un stade précoce doit être organisée et mise en œuvre de façon que les inputs fournis soient représentatifs pour tous les cantons (représentativité), qu'ils fassent l'objet d'échanges continus (orientation discussions) et qu'il en soit tenu compte (impact)..
- Les autorités fédérales doivent considérer les cantons comme des partenaires institutionnels étatiques qu'il faut associer à la conception et à l'élaboration des actes normatifs fédéraux, en tant qu'ils sont chargés de leur exécution au premier chef.

Ces objectifs doivent être concrétisés en tenant compte des conditions cadres suivantes pour les processus d'élaboration de la législation :

- La législation ne règle ni la façon d'organiser l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux, ni le déroulement concret du processus, ni la méthode.
- Les possibilités d'arrêter des prescriptions et des conditions applicables en toutes circonstances sont limitées vu la grande diversité des projets sur lesquels le processus peut porter.
- Pour les personnes chargées d'élaborer un projet d'acte normatif, il ne s'agit pas d'une activité de routine ; elles n'y sont pas confrontées périodiquement. Il s'agit pour elles d'une expérience relativement rare voire unique.
- Légiférer est un processus authentiquement politique ; la discussion peut être influencée par des préoccupations quant au fond, des intérêts et parfois des considérations idéologiques. Les questions techniques ou pratiques (celle de l'applicabilité p. ex.) tendent à être reléguées à l'arrière-plan. D'autant qu'il n'est pas toujours pos-

sible de formuler et de mesurer les enjeux en matière d'exécution dès le début du processus législatif.

- Le temps manque souvent pour approfondir les problématiques de mise en œuvre et d'exécution et pour solliciter l'avis d'acteurs supplémentaires.
- Enfin, les acteurs des échelons fédéral et cantonal ont parfois des attentes divergentes quant à la participation de l'échelon cantonal au processus législatif.

Seize recommandations s'adressant à la Confédération et aux cantons constituent le cœur de la présente étude. Elles partent des déficits relevés, tiennent compte des conditions cadres évoquées et montrent de quelle façon et par quelles mesures un réaménagement de la procédure d'élaboration des projets d'acte normatif fédéral est possible.

Recommandations à la Confédération concernant le réaménagement de la façon d'élaborer la législation fédérale :

Recommandation 1 : La Confédération associe les cantons à l'élaboration des projets d'actes normatifs fédéraux à un stade précoce pour en améliorer la mise en œuvre au plan cantonal le moment venu. Tout mandat d'élaborer un projet d'acte normatif inclut l'obligation pour l'organisation de projet de tenir compte de l'applicabilité de l'acte et d'examiner la question de la participation de l'échelon cantonal au processus.

Recommandation 2 : Lors de l'élaboration de tout acte normatif, il est examiné à un stade précoce si les cantons sont concernés par sa mise en œuvre. La conférence politique compétente des cantons procède à cette évaluation à l'invitation de la Confédération.

Recommandation 3 : L'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux doit être organisée de façon à permettre des échanges techniques avec l'échelon cantonal sur les problématiques d'exécution et de mise en œuvre selon une procédure itérative et en tenant compte de la diversité et de l'hétérogénéité des expériences et des contextes dans les différents cantons. La forme de participation privilégiée est la participation de représentants des cantons à des groupes de travail de la Confédération.

Recommandation 4 : Les représentants de l'échelon cantonal sont désignés par la conférence politique compétente des cantons. La sollicitation directe de conférences spécialisées, d'administrations cantonales ou de personnes déterminées doit être évitée.

Recommandations à la Confédération pour favoriser le réaménagement de la façon d'élaborer la législation fédérale :

Recommandation 5 : La Confédération légifère sur la façon dont les cantons sont associés à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux pour en améliorer la mise en œuvre le moment venu.

Recommandation 6 : Le Conseil fédéral édicte à l'intention de l'administration fédérale une directive sur l'organisation et la planification des projets législatifs régissant les prin-

cipes de l'implication précoce des cantons à l'élaboration d'actes normatifs fédéraux pour en améliorer la mise en œuvre le moment venu.

Recommandation 7 : Les outils de légistique de l'administration fédérale et des services du Parlement traitent de façon systématique et uniforme la question de l'applicabilité et la collaboration avec l'échelon cantonal lors de l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux. Les problématiques propres aux différentes étapes de travail et phases de processus sont traitées spécifiquement.

Recommandation 8 : La Confédération veille à ce que les personnes de l'administration fédérale et des services du Parlement participant à des travaux législatifs soient sensibilisées à l'importance de la problématique de l'applicabilité, qu'elles intègrent à leur pratique l'implication précoce des cantons et qu'elles tiennent compte des exigences qui en découlent pour la gestion de projets.

Recommandation 9 : Les offices fédéraux et les commissions législatives du Parlement en charge de domaines dans lesquels les cantons sont des partenaires pour l'exécution entretiennent avec l'échelon cantonal des relations régulières et institutionnalisées et considèrent la collaboration avec cet échelon comme participant de leur culture d'organisation.

Recommandations aux cantons concernant leur participation à des projets d'actes normatifs fédéraux :

Recommandation 10 : La conférence politique compétente des cantons désigne les représentants de l'échelon cantonal participant à l'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux. Les conférences spécialisées, les administrations cantonales et les personnes qui viendraient à être sollicitées directement renvoient leur interlocuteur à la conférence politique responsable.

Recommandation 11 : Les représentants de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux fournissent des inputs fiables, axés sur des aspects techniques et jouissant d'une solide assise sur les problématiques d'exécution auxquelles seraient confrontés les cantons. Ils veillent à ce que la concertation avec les cantons sur des questions techniques fonctionne tout au long de la procédure et que la diversité et l'hétérogénéité des expériences et contextes dans les différents cantons soient prises en compte dans une mesure adéquate.

Recommandations aux cantons pour créer des conditions favorisant leur implication précoce aux travaux législatifs de la Confédération :

Recommandation 12 : Les cantons (la CdC) élaborent un argumentaire promouvant l'implication précoce de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets législatifs fédéraux. Ils le diffusent à l'échelon cantonal et s'en servent dans leurs échanges avec les organes de la Confédération.

Recommandation 13 : Les cantons (la CdC) définissent des critères objectifs pour déterminer dans quelle mesure les cantons sont concernés par la mise en œuvre et l'exécution de tel ou tel acte normatif fédéral.

Recommandation 14 : Les conférences intercantionales veillent à ce que les personnes représentant l'échelon cantonal aux travaux d'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux soient au fait de l'importance de certains principes et les respectent (information de la conférence politique compétente, évaluation technique de l'applicabilité, prise en compte de l'hétérogénéité des cantons, et concertation technique).

Recommandation 15 : La CdC élabore des lignes directrices pour la participation de l'échelon cantonal aux projets d'élaboration d'actes normatifs fédéraux. Elles régissent notamment le rôle et les tâches des représentants de l'échelon cantonal. Elles incorporent les principes énoncés dans la réglementation-cadre de la CdC et dans le présent rapport.

Recommandation 16 : Les organes intercantonaux (notamment les conférences politiques et les conférences techniques) entretiennent avec l'échelon fédéral des relations régulières et institutionnalisées et sensibilisent dans ce cadre à la problématique de l'applicabilité des actes normatifs fédéraux et à l'importance des cantons lors de l'élaboration de projets législatifs. Ils s'enquêtent des projets législatifs planifiés à l'échelon fédéral, examinent l'opportunité pour les cantons d'être associés à un stade précoce à l'élaboration d'actes normatifs et, le cas échéant, exigent de la Confédération que les cantons participent au processus.

[...]

5.5 Recommandations

Pour terminer, différentes recommandations sont formulées ci-après. Le but est que l'implication précoce de l'échelon cantonal aux processus législatifs fédéraux à un stade précoce soit envisagée de façon systématique pour permettre une discussion axée sur la pratique sur les problématiques de mise en œuvre et d'exécution, et que cette participation soit organisée et mise en œuvre de façon que les inputs fournis soient représentatifs, aient un impact et nourrissent les discussions. Les recommandations concernent d'une part la procédure d'élaboration de projets d'acte normatif fédéral, d'autre part des mesures concrètes pour favoriser des ajustements de cette procédure et en assurer la mise en œuvre. Les 9 premières recommandations s'adressent à l'échelon fédéral, les recommandations 10 à 16 à l'échelon cantonal.

5.5.1 Recommandations s'adressant à la Confédération

Les quatre premières recommandations concernent le réaménagement de la façon d'élaborer la législation fédérale.

Recommandation 1 : La Confédération associe les cantons à l'élaboration des projets d'actes normatifs fédéraux à un stade précoce pour en améliorer la mise en œuvre au plan cantonal le moment venu. Tout mandat d'élaborer un projet d'acte normatif inclut l'obligation pour l'organisation de projet de tenir compte de l'applicabilité de l'acte et d'examiner la question de la participation de l'échelon cantonal au processus.

La viabilité dans la pratique des actes normatifs fédéraux et partant leur qualité et l'adhésion qu'ils suscitent augmentent de même que leur mise en œuvre par les cantons s'améliore lorsque, dès l'élaboration de l'avant-projet, l'occasion a été donnée à l'échelon cantonal de participer aux discussions sur les aspects techniques et à l'examen des problématiques de mise en œuvre et d'exécution en tant qu'elles le concernent. Ce point de vue est soutenu par la doctrine, mais l'enquête empirique réalisée dans le cadre de la présente étude montre qu'il rejoint aussi l'expérience concrète de nombreuses personnes qui, du côté de la Confédération, ont participé à des projets d'élaboration de la législation.

Actuellement, et sous des formes pouvant varier, l'échelon cantonal est déjà souvent associé à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux. Mais la sollicitation de l'échelon cantonal dépend largement de facteurs contextuels et subjectifs ; on ne saurait donc la qualifier de pratique institutionnalisée. Les questions d'implication précoce de l'échelon cantonal aux projets législatifs fédéraux et d'applicabilité des actes devraient être soulevées explicitement et examinées de façon systématique. Pour qu'il en soit effectivement ainsi, tout mandat formel d'élaborer un acte normatif fédéral devrait inclure l'examen obligatoire de ces questions. Les résultats empiriques de la présente étude montrent qu'un mandat explicite favorise l'association des cantons à un stade précoce.

Recommandation 2 : Lors de l'élaboration de tout acte normatif, il est examiné à un stade précoce si les cantons seront concernés par sa mise en œuvre. La conférence politique compétente des cantons procède à cette évaluation à l'invitation de la Confédération.

Il faudrait se demander si les cantons seront concernés par la mise en œuvre et l'exécution de tel ou tel acte normatif en amont même des travaux proprement dits sur l'avant-projet, à savoir dans le cadre de l'analyse du mandat et de la définition des orientations politiques du projet. La présente étude montre que dans de nombreux cas, les personnes de l'échelon fédéral et de l'échelon cantonal ne partagent pas le même avis sur cette question. Souvent, on méconnaît que les cantons sont susceptibles d'être concernés par l'exécution d'un acte normatif. Par conséquent, cette évaluation devrait incomber aux cantons plutôt qu'à la Confédération. Concrètement, tout organe de la Confédération chargé d'élaborer un acte normatif devrait en informer la conférence politique des directeurs cantonaux compétente

et l'inviter à examiner si les cantons sont concernés par l'exécution et s'ils veulent participer à l'élaboration de l'avant-projet.

Recommandation 3 : L'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux doit être organisée de façon à permettre des échanges techniques avec l'échelon cantonal sur les problématiques d'exécution et de mise en œuvre selon une procédure itérative et en tenant compte de la diversité et de l'hétérogénéité des expériences et des contextes dans les différents cantons. La forme de participation privilégiée est la participation de représentants des cantons à des groupes de travail de la Confédération.

Les participants aux travaux sur un avant-projet d'acte normatif (ceux portant sur le contenu comme ceux de nature conceptuelle) devraient toujours avoir en tête la problématique de l'applicabilité et en discuter régulièrement. Le projet et les processus correspondants doivent être planifiés et organisés de façon que les questions touchant l'exécution soient examinées en temps utile. Ceci n'étant pas toujours possible dès le début, une certaine flexibilité est de mise en matière de planification.

L'orientation générale et le contenu des actes normatifs déterminent largement les problématiques d'exécution et de mise en œuvre qui se poseront. Or les actes normatifs ne sont généralement pas définis à un moment unique ; ils résultent d'un processus de discussion itératif. Dans ces conditions, il faut privilégier des formes d'examen de l'applicabilité de l'acte permettant des échanges directs permanents ou réitérés et des discussions communes avec les responsables de l'exécution. Les cantons doivent être associés aux discussions sous une forme adéquate lorsque l'exécution de l'acte normatif leur incombera. La forme garantissant le mieux que la participation des cantons soit de qualité et qu'elle ait un impact est la présence permanente de représentants de l'échelon cantonal au sein des entités chargées des préparatifs (groupes de travail de la Confédération).

La question de l'applicabilité doit être traitée au premier chef sous un angle technico-analytique et non sous un angle politique. Il est donc souhaitable que les participants aux discussions représentant l'échelon cantonal soient des spécialistes du domaine concerné et aussi proches que possible de la pratique. Il faut veiller à ce que les inputs de ces personnes lors des travaux ne reflètent pas leur point de vue personnel mais soient aussi représentatifs que possible des expériences, contextes, conditions cadres et pratiques d'exécution dans les différents cantons. L'organisation du projet doit en tenir compte, de même que la façon de recruter les personnes (participants à un groupe de travail p. ex.).

Recommandation 4 : Les représentants de l'échelon cantonal sont désignés par la conférence politique compétente des cantons. La sollicitation directe de

conférences spécialisées, d'administrations cantonales ou de personnes déterminées doit être évitée.

Les expériences et les contextes varient dans les différents cantons. La représentativité des inputs fournis par les participants de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux est donc un critère de qualité important (cf. recommandation 3). Pour assurer que les représentants de l'échelon cantonal jouissent d'une légitimité et d'un assise suffisantes et que les échanges d'information et la concertation sur des questions techniques fonctionnent correctement au sein de l'échelon cantonal, les invitations à participer à des processus législatifs fédéraux doivent être adressées à la conférence politique compétente, celle-ci coordonnant les étapes suivantes (cf. art. 9 du règlement-cadre de la CdC).

Les recommandations 5 à 9 proposent des mesures visant à favoriser le réaménagement décrit précédemment dans la façon d'élaborer la législation fédérale et à permettre l'émergence d'une culture de l'implication précoce des cantons.

Recommandation 5 : La Confédération légifère sur la façon dont les cantons sont associés à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux pour en améliorer la mise en œuvre le moment venu.

S'agissant des projets de politique intérieure, la législation ne concrétise le principe de la participation des cantons au processus de décision sur le plan fédéral qu'à partir de la procédure de consultation. Les phases du processus législatif plus en amont ne sont quasiment pas réglées dans la législation fédérale (cf. ch. 2.1). L'administration fédérale et les commissions parlementaires ont ainsi une marge de manœuvre importante pour organiser l'élaboration de projets d'actes normatifs et quant au choix de la méthode. Dans ces conditions, il n'est pas garanti que les cantons soient systématiquement associés aux travaux et que les problématiques d'exécution soient traitées.

Il faut donc édicter des dispositions pour assurer que la participation de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets d'actes normatifs et leur applicabilité soient examinés de façon systématique. Ces prescriptions doivent s'appliquer expressément en amont de la consultation, dès l'élaboration de l'avant-projet. Elles concrétisent les dispositions constitutionnelles à caractère général existantes, assurent que la possibilité de faire participer les cantons soit moins souvent ignorée et contribuent à donner à la coopération entre les services de la Confédération et l'échelon cantonal un tour systématique, comme c'est déjà le cas en matière de politique extérieure, domaine pour lequel existent déjà des dispositions telles que celles discutées ici.

Des propositions concrètes ont déjà été faites pour la formulation de ces prescriptions légales (Uhlmann 2011 et groupe de travail commun Confédération-cantons 2012 : p. 15 s du

rapport). Il s'agirait de compléter l'OLOGA et l'OLPA par de nouvelles dispositions sur la collaboration avec les cantons. Peut être envisagée à titre supplémentaire une disposition précisant l'art. 8 OCo (contenu du rapport explicatif) dans l'esprit de l'art. 141, al. 2, let. d, LParl (présentation dans le message des possibilités de mise en œuvre).

Recommandation 6 : Le Conseil fédéral édicte à l'intention de l'administration fédérale une directive sur l'organisation et la planification des projets législatifs régissant les principes de l'implication précoce des cantons à l'élaboration d'actes normatifs fédéraux pour en améliorer la mise en œuvre le moment venu.

Pour l'aider à planifier et à organiser les processus d'élaboration d'actes normatifs, l'administration fédérale dispose du Guide de législation et de nombreux autres outils. Ceci dit, les règles qu'ils énoncent ne sont pas obligatoires. De plus, la structure et le contenu des outils varient selon le département voire l'office.¹ Pour conférer aux outils de légistique un caractère plus contraignant et favoriser une pratique uniforme au sein de l'administration fédérale s'agissant de la participation des cantons à l'élaboration de projets d'actes normatifs et à l'examen de leur applicabilité, le Conseil fédéral devrait édicter une directive sur le modèle de ce qu'il avait fait en 1999 en relation avec l'analyse d'impact de la réglementation (AIR).

Recommandation 7 : Les outils de légistique de l'administration fédérale et des services du Parlement traitent de façon systématique et uniforme la question de l'applicabilité et la collaboration avec l'échelon cantonal lors de l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux. Les problématiques propres aux différentes étapes de travail et phases de processus sont traitées spécifiquement.

Les outils de légistique généraux (Guide de la législation, Commguide) et ceux propres à tel département ou office cherchent à inciter les personnes chargées de travaux législatifs à se pencher sur les problématiques d'exécution et à examiner la participation de l'échelon cantonal à l'élaboration des avant-projets. Ils contiennent des recommandations, des informations sur la façon de traiter des problèmes déterminés et des instruments aidant à prendre les décisions relatives à la participation de l'échelon cantonal de façon professionnelle et en connaissance de cause.

¹ Du côté des services du Parlement, un recueil de fiches d'information a été élaboré pour le travail des commissions parlementaires (Commguide). La participation des cantons à l'examen des questions d'exécution à un stade précoce y est mentionnée depuis 2013 (cf. ch.2.1).

Ci-après sont énumérés des éléments concrets et importants qui devraient figurer dans les outils de légistique, y compris des aspects propres à telle étape de travail ou phase de processus. Il s'agit donc de compléter/adapter ces outils si tel ou tel élément de la liste n'y figure pas encore, en veillant à ce que la pratique soit uniforme au sein de l'administration fédérale (cf. recommandation 6). Une option envisageable serait d'élaborer un outil unique pour la planification et l'élaboration de projets législatifs dans l'administration fédérale, sur le modèle du manuel AIR (DEFR 2013 ; SECO 2014) ou en complétant celui-ci avec les éléments énumérés.²

- Mention des prescriptions légales concernant l'examen de l'applicabilité et la position des cantons dans la procédure législative
- Explications sur l'utilité de l'examen de l'applicabilité et de la participation de l'échelon cantonal
- Recommandation de prévoir explicitement dans le mandat d'élaborer un projet d'acte normatif une prescription relative à l'examen de l'applicabilité et à la participation de l'échelon cantonal
- Mention qu'au plus tard lors de la planification du projet, il faudrait examiner si les cantons sont concernés par la mise en œuvre et l'exécution de l'acte normatif. Cet examen doit être du ressort des conférences de directeurs cantonaux. Il s'agit donc de leur transmettre les informations correspondantes.
- Mention qu'il faut prévoir suffisamment de temps lors de la planification du projet pour associer l'échelon cantonal aux travaux et pour mener une discussion concrète sur les problématiques de mise en œuvre et d'exécution.
- Mention que des attentes et des objectifs clairs devraient être formulés s'agissant de la participation de l'échelon cantonal, de même qu'une liste des qualités attendues chez les représentants des cantons
- Mention que le débat sur les problématiques de mise en œuvre et d'exécution devrait porter principalement sur des aspects techniques et non pas procéder de considérations politiques sur le projet.
- Sensibilisation à l'hétérogénéité des cantons et insistance sur l'importance que les inputs soient représentatifs : indications sur les points concrets à avoir à l'esprit lorsque sont définies la forme et l'organisation de la participation, lors du recrutement des représentants de l'échelon cantonal et lors des travaux concrets sur l'avant-projet.
- Présentation des avantages et inconvénients des différentes formes de participation
- Sensibilisation à l'importance qu'il y ait des débats et des échanges

² L'AIR (Analyse d'impact de la réglementation) est une partie obligatoire de tout acte normatif fédéral (modification constitutionnelle, loi, ordonnance du Conseil fédéral). L'analyse est censée débiter aussi en amont que possible dans le processus législatif. Les aspects pratiques de l'exécution doivent notamment être étudiés (DEFR 2013).

- Mention que le recrutement des représentants de l'échelon cantonal devrait être l'affaire de la conférence politique compétente et que la sollicitation directe de conférences spécialisées, d'administrations cantonales ou de personnes déterminées doit être évitée.
- Mention que le rapport explicatif relatif à l'avant-projet doit renseigner sur la procédure d'examen de l'applicabilité et son résultat.

Recommandation 8 : La Confédération veille à ce que les personnes de l'administration fédérale et des services du Parlement participant à des travaux législatifs soient sensibilisées à l'importance de la problématique de l'applicabilité, qu'elles intègrent à leur pratique l'implication précoce des cantons et qu'elles tiennent compte des exigences qui en découlent pour la gestion de projets.

La décision de traiter les problématiques d'exécution lors du processus d'élaboration d'un acte normatif, celle d'y associer l'échelon cantonal et celle de privilégier telle ou telle forme de participation dépendent avant tout des personnes ayant leur mot à dire dans l'organisation du projet. On distingue plusieurs cercles de personnes :

- **Les donneurs d'ordre :** ils répondent du mandat d'élaborer un acte normatif (administration fédérale ou commission parlementaire)
- **Les responsables de projet :** ils sont chargés de l'élaboration de projets législatifs au sein de l'administration fédérale et des secrétariats des commissions parlementaires (direction du projet, autres personnes)
- **Les organisateurs de processus :** ils sont chargés de l'organisation et de l'aménagement des conditions cadres et de la pratique pour les projets législatifs (prescriptions, outils de légistique, etc.) au sein des offices fédéraux et des services du Parlement (services juridiques ou directions d'office p. ex.).

Ces personnes devraient être sensibilisées à la problématique en général mais aussi aux aspects primordiaux de la gestion de projet dont il doit être tenu compte lorsque l'échelon cantonal est effectivement associé aux travaux législatifs (cf. recommandation 7). Il s'agit là d'une condition importante pour que les dispositions juridiques recommandées voient le jour et que les règles définies dans les outils de légistique soient appliquées.

Ce travail de sensibilisation peut être effectué dans le cadre de structures existantes (telles que le Forum de législation) ou de formations et d'offres de perfectionnement proposées dans le domaine de la légistique (séminaires de légistique moratois³ p. ex.). Des mesures

³ Les séminaires de légistique moratois sont organisés par l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg et par l'Université de Berne sur mandat de la Société suisse de législation. (http://www.unifr.ch/ius/federalism_fr/formation_continue/murtner_gesetzgebungsseminare)

supplémentaires sont envisageables également (autres formations et offres de perfectionnement, échange d'information et partage d'expériences).

Des relations personnelles entre les échelons fédéral et cantonal ainsi qu'une culture d'organisation prenant au sérieux la coopération avec les cantons peuvent également contribuer à une sensibilité accrue au fait que les cantons sont susceptibles d'être concernés par des problématiques d'exécution en rapport avec des actes normatifs en cours d'élaboration, ainsi qu'à la nécessité d'associer l'échelon cantonal aux travaux correspondants (cf. recommandation 9).

Recommandation 9 : Les offices fédéraux et les commissions législatives du Parlement en charge de domaines dans lesquels les cantons sont des partenaires pour l'exécution entretiennent avec l'échelon cantonal des relations régulières et institutionnalisées et considèrent la collaboration avec cet échelon comme participant de leur culture d'organisation.

La présente étude montre que des relations personnelles et une culture de coopération et de partenariat entre les échelons fédéral et cantonal sont des facteurs contextuels informels qui augmentent la sensibilité aux problématiques de mise en œuvre et d'exécution d'actes normatifs fédéraux et favorisent la participation effective de l'échelon cantonal à leur élaboration à un stade précoce (cf. CdG-E 1997 : p. 1669). Lorsque les échelons fédéral et cantonal entretiennent des relations, indépendamment de tout projet concret, cela facilite l'information mutuelle sur tel ou tel dossier particulier et les échanges sur des problématiques en ressortissant.

Il est donc recommandé aux organes de la Confédération (secrétariats de département, offices fédéraux, commissions législatives et leurs secrétariats) en charge de domaines dans lesquels les cantons sont des partenaires pour l'exécution d'entretenir ou, si ce n'est pas encore le cas, d'établir des échanges réguliers avec des organes de l'échelon cantonal (conférences politiques, conférences spécialisées, administrations cantonales), par exemple sous forme de rencontres périodiques et d'invitations à des conférences ou à des séances d'information.

5.5.2 Recommandations s'adressant aux cantons

Les recommandations 10 et 11 concernent des problématiques concrètes importantes se posant en cas de participation de l'échelon cantonal au processus d'élaboration d'un acte normatif fédéral.

Recommandation 10 : La conférence politique compétente des cantons désigne les représentants de l'échelon cantonal participant à l'élaboration de

projets d'actes normatifs fédéraux. Les conférences spécialisées, les administrations cantonales et les personnes qui viendraient à être sollicitées directement renvoient leur interlocuteur à la conférence politique responsable.

La teneur de la recommandation 10 correspond à celle de l'art. 9 du règlement-cadre de la CdC dans les grandes lignes. La participation des cantons à l'élaboration d'actes normatifs fédéraux doit être coordonnée au plan intercantonal pour assurer que les inputs des représentants de l'échelon cantonal fournis à la Confédération concernant la mise en œuvre et l'exécution de l'acte soient représentatifs de l'hétérogénéité des contextes et des expériences dans les différents cantons. Cela vaut spécialement pour le choix même de ces représentants. En principe, ces personnes devraient être désignées par la conférence politique responsable. Les conférences spécialisées, les administrations cantonales et les personnes qui viendraient à être approchées directement par la Confédération pour participer à l'élaboration d'un projet d'acte normatif doivent en informer la conférence politique compétente et se concerter avec elle sur la façon de procéder.

Recommandation 11 : Les représentants de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux fournissent des inputs fiables, axés sur des aspects techniques et jouissant d'une solide assise sur les problématiques d'exécution auxquelles seraient confrontés les cantons. Ils veillent à ce que la concertation avec les cantons sur des questions techniques fonctionne tout au long de la procédure et que la diversité et l'hétérogénéité des expériences et contextes dans les différents cantons soient prises en compte dans une mesure adéquate.

La participation des cantons à l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux est d'abord un moyen de faire part de l'expérience et des connaissances pratiques de l'échelon cantonal afin que l'acte concerné soit plus facile à mettre en œuvre. Pour que la participation ait un fort impact, il faut veiller à ce que les contributions des représentants de l'échelon cantonal soient qualifiées, compétentes au plan technique et qu'elles jouissent d'une solide assise. Il est donc important de solliciter des spécialistes appropriés et que ceux-ci veillent à ce que leurs inputs concernant les problématiques de mise en œuvre soient représentatifs de la diversité des contextes et expériences dans les différents cantons. Cela peut supposer des processus d'échanges et de concertation avec des personnes d'autres cantons et avec les représentants de conférences intercantionales. L'objectif principal doit être de bien comprendre et rendre compte de la diversité des points de vue sur des questions techniques, plus que de définir une position (politique) consolidée des cantons. Dans les processus de travail concrets, l'hétérogénéité des cantons peut même être signalée expressément à la Confédération au besoin.

Les recommandations 12 à 16 proposent des mesures visant à favoriser la participation systématique de l'échelon cantonal aux travaux législatifs de la Confédération et à créer des conditions favorables du côté des cantons.

Recommandation 12 : Les cantons (la CdC) élaborent un argumentaire promouvant l'implication précoce de l'échelon cantonal à l'élaboration de projets législatifs fédéraux. Ils le diffusent à l'échelon cantonal et s'en servent dans leurs échanges avec les organes de la Confédération.

Un argumentaire est élaboré pour la communication avec les organes de la Confédération. Il s'agit d'un outil pour les contacts directs. Il doit aider les cantons à démontrer aux organes de la Confédération l'importance d'une collaboration étroite pour l'examen de l'applicabilité des actes normatifs de la Confédération et de la mesure dans laquelle les cantons sont touchés par ceux-ci, ainsi qu'à convaincre ces organes de l'utilité d'associer directement l'échelon cantonal à ces travaux.

L'argumentaire peut revêtir la forme d'une fiche d'information résumant de façon claire et compréhensible les principaux aspects de la coopération entre la Confédération et les cantons lors de l'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux, telle qu'elle est présentée dans la présente étude. La fiche devrait être diffusée auprès de tous les organes et services de l'échelon cantonal susceptibles d'avoir affaire à des projets législatifs provenant d'organes de la Confédération, c'est-à-dire les secrétariats des conférences politiques, les comités et secrétariats des conférences spécialisées et les administrations cantonales. L'argumentaire peut également être utilisé – pour l'information et la sensibilisation (cf. recommandation 15) – pour attirer l'attention – de façon générale ou en rapport avec un processus déterminé – des personnes de l'échelon cantonal appelées à collaborer avec des services de la Confédération sur les principes dont il faut tenir compte (cf. recommandation 14).

Recommandation 13 : Les cantons (la CdC) définissent des critères objectifs pour déterminer dans quelle mesure les cantons sont concernés par la mise en œuvre et l'exécution de tel ou tel acte normatif fédéral.

La mesure dans laquelle les cantons sont concernés par la mise en œuvre et l'exécution d'un acte normatif fédéral relève généralement de l'appréciation de l'échelon fédéral, hors de toute concertation avec l'échelon cantonal. Or la présente étude montre que les personnes compétentes à l'échelon fédéral sont plus rarement d'avis que les cantons sont concernés que les cantons eux-mêmes. Une liste de critères peut être utile pour discuter et évaluer cette question sur une base objective et réduire la marge d'interprétation. Elle remplit plusieurs fonctions :

- Elle constitue un outil de sensibilisation de l'administration fédérale, des commissions législatives et de leurs secrétariats à la problématique générale de l'applicabilité des actes normatifs fédéraux. À ce titre, il serait envisageable de l'incorporer également à l'argumentaire mentionné précédemment (cf. recommandation 12).
- Elle permet à l'administration fédérale, aux commissions législatives et à leurs secrétariats d'apprécier objectivement dans quelle mesure les cantons sont susceptibles d'être touchés.
- Elle offre un cadre structuré pour des discussions techniques sur l'applicabilité de projets ou dispositions déterminés.

Dans la présente étude, on a considéré que les projets d'élaboration d'actes normatifs fédéraux concernent les cantons au niveau de l'exécution si l'application de l'acte concerné affecte les cantons financièrement, au plan l'organisation, au plan du personnel ou juridiquement, ou s'ils rendent nécessaires des mesures législatives à l'échelon cantonal (cf. ch. 1.3).

Le cas échéant, la liste de critères devrait être remise à (et utilisée par) toutes les conférences politiques des cantons, mais elle devrait aussi être diffusée à l'échelon fédéral et être incorporée aux outils de légistique (cf. recommandation 7).

Recommandation 14 : Les conférences intercantionales veillent à ce que les personnes représentant l'échelon cantonal aux travaux d'élaboration d'avant-projets d'actes normatifs fédéraux soient au fait de l'importance de certains principes et les respectent (information de la conférence politique compétente, évaluation technique de l'applicabilité, prise en compte de l'hétérogénéité des cantons, et concertation technique).

Différents aspects dont il doit être tenu compte en rapport avec le recrutement de représentants de l'échelon cantonal et dans le cadre de la participations des cantons à l'élaboration de projets d'actes normatifs fédéraux ont été exposés au ch. 5.3.2. Il s'agit de principes d'organisation déjà consignés en partie dans le règlement-cadre de la CdC. Ils concernent surtout le pilotage du recrutement des représentants cantonaux par la conférence politique compétente et corollairement la communication à cette conférence de sollicitations directes éventuelles, la nécessité d'une concertation de l'échelon cantonal sur les inputs concernant les questions techniques ou encore la renonciation à porter une appréciation politique sur le projet d'acte normatif au profit d'une évaluation purement technique de son applicabilité.

Si l'on entend que soient respectés les processus et les échanges d'information prévus dans le règlement-cadre de la CdC et les principes de la participation cantonale élaborés dans la présente étude, il importe que tous les acteurs impliqués, tant du côté des conférences intercantionales que des administrations cantonales, les connaissent et y adhèrent. La présente étude ne permet pas d'évaluer la mesure dans laquelle il est nécessaire d'agir. Des mesures

d'information et de sensibilisation (lignes directrices et autres outils, cf. recommandation 15) devraient cependant être prises pour que ces conditions soient remplies à l'échelon cantonal si possible.

Recommandation 15 : La CdC élabore des lignes directrices et des outils de légistique pour la participation de l'échelon cantonal aux projets d'élaboration d'actes normatifs fédéraux. Ces moyens régissent notamment le rôle et les tâches des représentants de l'échelon cantonal. Ils incorporent les principes énoncés dans la réglementation-cadre de la CdC et dans le présent rapport.

La recommandation 15 fait écho à la recommandation 14. Des outils de légistique tels que ceux utilisés à l'échelon fédéral peuvent favoriser la mise en œuvre du règlement-cadre de la CdC et contribuer à l'information et à la sensibilisation des personnes susceptibles de participer aux processus législatifs fédéraux en tant que représentants de l'échelon cantonal. Il peut s'agir de guides, de checklists ou de manuels par exemple. Ces lignes directrices et ces outils préciseront les compétences, les processus et les principes de la représentation de l'échelon cantonal dans les travaux législatifs de la Confédération. Les contenus seront communiqués en recourant à des mesures et à des canaux adaptés (séances d'information, courrier, etc.) à l'attention de tous les secrétariats des conférences politiques et techniques et de toutes les administrations cantonales concernées. Il n'a pas été examiné dans la présente étude dans quelle mesure les conférences intercantionales disposent de ce genre d'outils et dans quelle mesure ceux-ci traitent des différents aspects évoqués. Aussi recommandation est-elle faite à la CdC et aux autres conférences intercantionales d'approfondir la question et d'adapter ou de compléter les outils à disposition le cas échéant.

Recommandation 16 : Les organes intercantonaux entretiennent avec l'échelon fédéral des relations régulières et institutionnalisées et sensibilisent dans ce cadre à la problématique de l'applicabilité des actes normatifs fédéraux et à l'importance des cantons lors de l'élaboration de projets législatifs. Ils s'enquière des projets législatifs planifiés à l'échelon fédéral, examinent l'opportunité pour les cantons d'être associés à un stade précoce à l'élaboration d'actes normatifs et, le cas échéant, exigent de la Confédération que les cantons participent au processus.

L'importance des relations personnelles et d'une solide culture de coopération et de partenariat entre les échelons fédéral et cantonal a déjà été évoquée (cf. recommandation 9). Il s'agit d'abord de promouvoir l'information mutuelle sur tel ou tel dossier particulier et les échanges sur des problématiques déterminées dans le domaine concerné. Mais l'échelon cantonal peut aussi profiter de ses relations et des structures existantes pour sensibiliser les

acteurs de l'échelon fédéral (secrétariats de département, offices fédéraux, commissions législatives et leurs secrétariats) à l'importance de la problématique de l'applicabilité en général ou à des aspects concrets de la participation de l'échelon cantonal aux processus d'élaboration de la législation à un stade précoce (p. ex. hétérogénéité des cantons, importance de la représentativité des inputs, fonction d'interlocuteur des conférences politiques en rapport avec les participations de l'échelon cantonal à des processus législatifs fédéraux, etc.).

Les acteurs de l'échelon cantonal peuvent contribuer à l'enracinement de ces facteurs. Ils devraient s'efforcer d'établir, d'entretenir voire d'intensifier des échanges réguliers utiles et de qualité avec leurs interlocuteurs de l'échelon fédéral, indépendamment de tout projet concret (visites aux chefs d'unités administratives ou d'organes intercantonaux récemment nommés, rencontres périodiques pour échanger des informations, invitations à des conférences ou à des séances d'information, etc.).
