

# **AVIS DE DROIT**

donné au Comité d'initiative « Reithalle »

et à la Société suisse Pro Libertate

par Etienne Grisel,

professeur honoraire de l'Université de Lausanne

**De la validité de l'initiative populaire cantonale  
« La Reithalle ne doit pas profiter des deniers des  
contribuables »**

Par une lettre du 2 février 2017, le Comité « Reithalle » et la Société « Pro Libertate » ont demandé au soussigné d'établir un avis de droit, à bref délai, au sujet de la validité de l'initiative déposée en mars 2016, concernant la loi sur la péréquation financière. Dans un Rapport (ci-après le Rapport) adressé au Grand Conseil bernois le 14 décembre 2016, le Conseil exécutif lui propose d'annuler la demande populaire. Le problème étant complexe, il convient d'en énoncer les données, avant d'étudier les solutions.

## **I. LES DONNEES DU PROBLEME**

Il y a lieu d'analyser avant tout l'objet et la portée de l'initiative en question, puis de décrire la procédure dont elle sera l'objet et enfin de rappeler les principes applicables en pareil cas.

### **1. L'OBJET ET LA PORTEE DE L'INITIATIVE**

L'initiative est un projet rédigé de toutes pièces qui tend à la révision partielle de la loi cantonale sur la péréquation financière et la compensation des charges (LPFC), mise en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2001 et plusieurs fois modifiée depuis lors.

Le texte de l'initiative se présente ainsi :

*« Les citoyens et citoyennes du canton de Berne soussignés réclament la modification suivante de la loi du 27 novembre 2000 sur la péréquation financière et la compensation des charges (LPFC) en vertu de l'article 58 de la Constitution cantonale (ConstC) et des articles 140ss de la loi du 5 juin 2012 sur les droits politiques (LDP) :*

*Art. 10*

*Al. 5 La commune qui a sur son territoire un ou une ou plusieurs équipements ou installations au sens de l'annexe III de la présente loi, dont émanent notoirement des dangers concrets pour la sécurité et l'ordre public ne pouvant être complètement écartés que*

*moyennant le recours à des ressources considérables, ne touche que la moitié de la prestation complémentaire.*

*Art. 14*

*Al. 2 Les charges de centre urbain ne sont pas prises en compte dans le calcul de la péréquation financière selon le présent article aussi longtemps que la commune a sur son territoire un ou une ou plusieurs équipements ou installations au sens de l'annexe III de la présente loi.*

*Art. 35b*

*Al. 1 L'indemnité forfaitaire versée aux communes de Berne, Bienne ou Thoune au sens de l'article 15 de la présente loi est réduite de trois quarts aussi longtemps que la commune concernée a sur leur territoire un ou une ou plusieurs équipements ou installations au sens de l'annexe III de la présente loi.*

*Al. 2 La prestation complémentaire versée à une commune qui supporte des charges en raison de sa situation socio-démographique au sens de l'article 21a de la présente loi est réduite de trois quarts aussi longtemps qu'elle a sur son territoire un ou une ou plusieurs équipements ou installations au sens de l'annexe III de la présente loi.*

*Art. 45*

*Al. 4 La réglementation des cas spéciaux au sens du présent article ne s'applique pas si la charge supplémentaire d'une commune est due à la mise en œuvre de dispositions induites par la présence sur son territoire d'un ou une ou de plusieurs équipements ou installations au sens de l'annexe III de la présente loi.*

*Annexe III*

*Équipements ou installations dont émanent notoirement des dangers concrets pour la sécurité et l'ordre public ne pouvant être complètement écartés que moyennant le recours à des ressources considérables :*

*1. A Berne : l'affectation de l'immeuble sis à Berne, feuillet du registre foncier 1226, arrondissement II («Reitschule») au moment de l'entrée en vigueur des articles 10, alinéa 5, 14, alinéa 2, 35b et 45, alinéa 4 de la présente loi ou les affectations comparables subséquentes.*

Pour comprendre l'initiative, il faut naturellement la situer dans le cadre de la loi dont elle demande une réforme très partielle. La LPFC entend atténuer les inégalités résultant de différences de capacité financière et de charges entre les

communes du canton. Elle vise en particulier les charges qu'il convient de compenser (art 1 et 3). Aussi prévoit-elle des mesures concernant les communes particulièrement chargées, notamment les centres urbains de Berne, Bienne et Thoun (art. 12 et 13). A cette fin, elle prévoit en faveur de ces communes des prestations complémentaires annuelles, dont le montant est délégué au Conseil exécutif (art. 15 et 21 LPFC), ainsi qu'une compensation des charges dans certains domaines (art. 22ss LPFC).

Quant à l'initiative, elle cherche à réduire certaines des prestations dues aux disparités financières entre les communes. L'article 10 vise les communes ayant sur leur territoire des équipements ou installations qui provoquent des dangers concrets pour la sécurité et l'ordre publics ne pouvant pas être complètement écartés sans le recours à des ressources considérables (al.5 de l'art.10) . Il n'a pourtant pas d'effet financier sur la ville de Berne, pas plus que l'article 45, alinéa 4 nouveau (Rapport p. 6). Le projet d'article 14 ajoute que les charges de centres urbains ne sont pas prises en compte dans la commune qui abrite des équipements désignés par l'annexe III, en particulier à Berne (l'immeuble « Reitschule »). Selon l'article 35b de l'initiative, l'indemnité forfaitaire prévue par l'article 15 est réduite des  $\frac{3}{4}$  tant qu'un pareil équipement subsiste, et il en va de même de la prestation complémentaire versée au titre de l'article 31a LPFC.

Il ressort de cette analyse que l'initiative tend à empêcher que des ressources considérables soient affectées à la lutte contre les dangers concrets pour la sécurité et l'ordre publics créés par un ou plusieurs équipements urbains. A cette fin, la demande populaire prévoit des mesures financières, prises dans le cadre de la péréquation intercommunale. Il s'agit ainsi d'une pression exercée sur les communes visées, notamment Berne. Par contre, l'initiative n'exige pas directement le démantèlement des équipements litigieux et se contente d'une mesure indirecte, qui place les communes en question, avant tout Berne, devant le choix de maintenir

les équipements touchés ou de conserver tous les avantages qu'elles tirent actuellement de la LPFC.

## **2. LA PROCEDURE**

Selon l'article 58 de la Constitution cantonale du 6 juin 1993 (Cst.-BE), l'initiative populaire peut demander l'adoption, l'abrogation ou la modification d'une loi et revêtir la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. D'après l'article 59, le Conseil exécutif statue sur l'aboutissement des initiatives et le Grand Conseil sur leur validité. En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'initiative a abouti, mais le Conseil exécutif, en s'appuyant sur un Avis de droit du professeur Giovanni Biaggini (ci-après l'Avis de droit), propose au Grand Conseil d'invalider l'initiative, par un Rapport du 14 décembre 2016. Il est prévu que le Parlement statue à la fin du mois de mars 2017.

Quelle que soit sa décision, elle sera susceptible du recours au Tribunal fédéral prévu par l'article 82, lettre c, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Cette voie particulière permet à n'importe quel citoyen de contester tout acte, décision ou abstention qui concerne le respect du droit d'initiative. Que son exercice soit admis ou refusé par l'autorité cantonale, les titulaires du droit de vote ont qualité pour attaquer la décision de l'autorité inférieure, qu'il s'agisse d'un tribunal ou d'un organe politique. Le recours au Tribunal fédéral est direct lorsque l'affaire touche un canton qui, comme celui de Berne, ne connaît pas de juridiction constitutionnelle propre pour vérifier la validité des actes parlementaires relatifs à une initiative populaire.

Le délai de recours est de 30 jours à compter de la publication de la résolution parlementaire dans la Feuille officielle du canton.

Le système suivant lequel la validité de l'initiative populaire est d'abord examinée par un organe politique, puis par le juge, donne à cette procédure un caractère hybride qui n'est pas sans conséquence. Formellement, les règles procédurales sont nécessairement très différentes. Matériellement, il est inévitable que les actes du Parlement aient un caractère hautement politique, tandis que le Tribunal fédéral applique strictement le droit<sup>1</sup>.

La différence de point de vue explique au moins partiellement le nombre relativement élevé de recours admis par le Tribunal fédéral contre les décisions des Grands Conseils au sujet de la validité des initiatives populaires<sup>2</sup>. Il en irait différemment si les membres des Parlements cantonaux appliquaient le droit d'une manière plus stricte et laissaient de côté les arguments partisans. Le Rapport du Conseil exécutif (p.4) relève certes à juste titre que la décision du Grand Conseil « n'est pas de nature politique » et « se fonde exclusivement sur des critères juridiques ». Il s'écarte cependant de ces principes et comporte de nombreuses remarques qui sont de nature purement politique, par exemple sur les objectifs de l'initiative, sa motivation ou la proportionnalité des mesures proposées (p.5, 6, 8), voire sur leur opportunité (p.10).

Quant au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, il est en principe libre, s'agissant de l'application du droit cantonal de tous les degrés, pourvu qu'il soit en rapport étroit avec le droit de vote. En particulier, le juge examine librement les questions d'interprétation du texte de l'initiative et contrôle que l'autorité inférieure a correctement appliqué les critères juridiques qui sont applicables<sup>3</sup>, notamment ceux qui découlent des Constitutions fédérale (Cst.) et cantonale (Cst.-BE).

---

<sup>1</sup> **Patrizia Attinger**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Zurich 2016, pp 18ss.

<sup>2</sup> Pour une statistique, voir **Bénédicté Tornay**, La démocratie directe saisie par le juge, Genève Zurich 2008, p. 57.

<sup>3</sup> ATF 105 Ia 151 ; **Attinger**, op.cit p. 31 et les citations.

### 3. LES PRINCIPES

Les règles applicables sont de deux sortes. D'une part, l'exercice du droit d'initiative est soumis à des conditions constitutionnelles et légales. D'autre part, l'application de ces exigences est subordonnée au principe général « *in dubio pro populo* ».

#### a. Les conditions de validité de l'initiative

On peut les ranger en deux catégories. Avant tout, l'initiative en matière cantonale doit être conforme au droit supérieur (art. 59, al. 2, lit a, Cst.-BE). Ensuite, elle doit être exécutable et respecter l'unité de la forme et de la matière. Si le Rapport du Conseil exécutif ne semble pas contester la réunion des deux conditions énoncées par les lettres b et c de l'article 59, alinéa 2, en revanche il affirme que l'initiative ne se conforme pas au droit supérieur sur cinq points qui pour la plupart tiennent au droit cantonal et d'autres au droit fédéral.

#### b. Le principe *in dubio pro populo*

Suivant la jurisprudence, l'inviolabilité du droit de vote garanti par l'article 34 Cst. exige que l'autorité appelée à se prononcer sur la validité matérielle d'une initiative l'interprète dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque la demande peut, d'après les règles générales d'interprétation des textes juridiques, être comprise dans un sens qui ne permette pas de la considérer « comme étant manifestement et indubitablement » invalide, il faut la déclarer recevable et la soumettre au vote populaire<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle du Canton de Vaud du 16 novembre 2010, considérant 2, p.3 ; ATF 111 Ia 292 ; ATF 132 I 286 ; 134 I 177 ; 139 I 292, JT 2014 I 237. Voir **Attinger** pp 60ss et les citations, **Tornay** pp 67ss.

La portée du principe *in dubio pro populo* s'explique à plusieurs égards. D'abord, elle découle du principe de proportionnalité énoncé par l'article 36, alinéa 3, Cst : droit politique qui s'analyse comme un droit fondamental au sein du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 2 de la Constitution fédérale, l'initiative populaire ne peut subir que des restrictions vraiment nécessaires et adaptées à leur but<sup>5</sup>.

De surcroît, si les déclarations d'invalidité doivent être évitées autant que possible, c'est que le droit d'initiative comporte des particularités. Il s'agit en effet d'une faculté de présenter des propositions, qui sont ensuite exposées à la sanction populaire. La demande n'est donc rien d'autre qu'un projet qui doit encore être avalisé par le corps électoral. Elle ne se confond pas avec un acte d'autorité qui serait directement exécutoire. Les initiants, qui ont pris la peine de récolter des signatures, et l'ensemble des citoyens qui sont appelés à voter, ont en principe une prétention légitime à l'organisation du scrutin, quand celui-ci n'apparaît pas d'emblée et manifestement comme dénué de sens. Lorsqu'ils demandent la validation de leur texte, les initiants ne font pas seulement valoir leur droit de vote propre, mais aussi celui de l'ensemble du peuple. Voilà pourquoi en cas de doute, la balance penche en faveur de l'exécution d'un vote populaire sur l'initiative, qui est donc présumée valable et ne peut être annulée qui s'il paraît impossible de faire autrement.

Le Rapport du Conseil exécutif reconnaît l'existence de ces principes (p.4-5). Toutefois, il est loin de s'y conformer. Au lieu de prêter à l'initiative « Reithalle » le sens et la portée qui la rendent valable, il lui attribue, parfois au moins, une signification qui pourrait conduire à une décision de nullité tout à fait injustifiée. Il y aura lieu d'y revenir plus loin. Mais, à titre d'exemple, il est permis de citer l'argument selon lequel l'initiative litigieuse serait incompatible avec le droit d'être

---

<sup>5</sup> Voir ATF 134 I 172.

entendu (Rapport p.10). Or, comme on le verra plus loin, cet argument repose sur une lecture tendancieuse, pour ne pas dire erronée, du texte de l'initiative<sup>6</sup>.

Une telle manière de faire méconnaît non seulement la nature de l'initiative populaire, mais aussi celle de la procédure qui permet l'examen de sa validité. Il ne faut pas oublier que la demande populaire est une simple proposition destinée à un vote politique du peuple. Lorsque celui-ci aura, par hypothèse, accepté le texte, il restera à ses opposants plusieurs possibilités d'en contester la conformité au droit supérieur. D'abord, il sera loisible aux intéressés d'attaquer la réforme légale en tant que telle. Ensuite, quand elle aura été appliquée dans les cas concrets, des recours seront également ouverts. En conséquence, suivant un ouvrage récent, la validation de la demande populaire ne devrait pas dépendre d'un examen du respect du droit supérieur<sup>7</sup>. Certes, une telle manière de voir ne se concilierait pas avec l'article 59 Cst.-BE. Toutefois, le contrôle du respect du droit supérieur doit dans un premier temps s'exercer avec prudence et modération, puisqu'il s'agit uniquement d'un examen préalable, qui pourra être ensuite repris par les tribunaux compétents. En d'autres termes, l'initiative, élément essentiel des droits politiques et des libertés démocratiques, ne peut être annulée au nom du droit supérieur que si ce dernier est manifestement et indubitablement transgressé.

## II. LA SOLUTION DU PROBLEME

Le Rapport du Conseil exécutif énumère cinq motifs qui, selon lui, pourraient conduire à invalider l'initiative « Reithalle ». Sur ces différents points, il prétend « partager » les points de vue trouvés dans l'Avis de droit. Ce dernier est toutefois beaucoup plus nuancé et ne parvient pas toujours aux conclusions qu'on lui prête.

---

<sup>6</sup> Voir ci-dessous, sous chiffre II 5.

<sup>7</sup> **Attinger**, pp 100-1, 120-1 ; Voir **Tornay** pp 91ss.

Afin de faciliter la lecture du présent texte, celui-ci suivra le même ordre que le Rapport, quand même la logique impliquerait un schéma différent. Dans tous les cas, il s'agit de contrôler que la demande litigieuse se conforme au droit supérieur, soit cantonal, soit fédéral.

## **1. AU REGARD DES « CONSIGNES CONSTITUTIONNELLES » CONCERNANT LA PEREQUATION FINANCIERE**

A cet égard, le Rapport pose la question de la compatibilité avec l'article 113 Cst.-BE mais finit par reconnaître qu'elle n'est pas déterminante en l'espèce, compte tenu de la difficulté d'interpréter avec certitude la disposition topique de la Constitution cantonale. En conséquence, il est permis de traiter ce premier problème, qui n'est pas litigieux, d'une manière brève.

La Constitution cantonale prévoit une péréquation financière qui « atténue les inégalités résultant des différences de capacité contributive entre les communes municipales et tend à équilibrer la charge fiscale » (art. 113, al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase). La LPFC qui met en œuvre cette disposition prévoit notamment un système de compensation des charges<sup>8</sup>.

Suivant le Rapport (p.5), il y aurait « une certaine contradiction entre les objectifs de l'initiative populaire et ceux de la péréquation financière » en raison de la « pression financière considérable » exercée sur la ville de Berne. A cet égard, il faut au contraire souligner le lien logique entre le raisonnement des initiants et la péréquation. Lorsqu'une commune assume des frais qui paraissent disproportionnés pour assurer la sécurité publique menacée par un établissement sis sur son territoire, il lui appartient suivant l'initiative d'en supporter les conséquences financières et non pas de les mettre, au moins indirectement, à la

---

<sup>8</sup> Voir ci-dessus I.1.

charge des autres communes, par le biais de la péréquation. Celle-ci dépend en effet, dans une large mesure, des charges qui pèsent sur les diverses communes, notamment sur celles qui jouent le rôle d'un centre urbain, comme Berne, Bienne, Thoune, Berthoud et Langenthal (art. 13 LPFC). Il est donc erroné de dire que les objectifs de la péréquation financière seraient déjoués par les nouvelles dispositions de l'initiative.

En deuxième lieu, le Rapport affirme que ces modifications légales « s'appliqueraient exclusivement à la ville de Berne » (p. 6). Cette affirmation est pour le moins inexacte, car le texte de l'initiative est aussi de caractère général et abstrait, notamment à l'article 10 et à l'article 35b, nouveau. Il est vrai que l'annexe III de l'initiative touche uniquement un immeuble sis à Berne et concerne donc spécialement cette commune, mais les dispositions générales et abstraites des autres parties de l'initiative pourraient éventuellement s'appliquer à d'autres communes.

En troisième lieu, le Conseil exécutif met en doute si la nouvelle réforme de la péréquation financière peut licitement viser un but « externe » à cette dernière. D'après lui, il faudrait une relation assez étroite avec les buts de la péréquation financière pour que la réforme envisagée soit constitutionnelle. Telle serait du moins la conséquence d'une application stricte de l'article 113 Cst.-BE. Toutefois, le Rapport gouvernemental reconnaît qu'une révision récente de l'article 113, alinéa 3, Cst.-BE a permis une réduction des prestations liées à la péréquation financière de manière générale, pourvu qu'elles soient prévues par la loi (art. 113, al.3, 2<sup>ème</sup> phrase, promulgué le 1<sup>er</sup> janvier 2013). Or, il est évident que cette dernière disposition pose comme seule condition à la réduction ou à la suppression des prestations de péréquation financière la présence d'une base légale formelle. En revanche, elle ne subordonne ces mesures à aucune condition matérielle et n'exige pas de lien étroit entre les mesures de réduction ou de suppression et la péréquation elle-même considérée sous d'autres angles. Preuve en est qu'un nouvel article 35a

LPFC autorise le Conseil exécutif à réduire des prestations dues aux communes qui refusent d'entreprendre l'étude préliminaire à une fusion ou s'opposent à une fusion. Il est manifeste que la fusion de communes n'est pas plus en relation avec la péréquation que ne l'est l'objectif des initiants dans le cas présent.

Le Rapport (p.6) omet curieusement de mentionner l'article 35a LPFC, qui est pourtant décisif en l'espèce, puisqu'il permet des mesures financières qui font pression en particulier sur une commune (ou plusieurs) et que sa validité n'est pas douteuse. Quant à l'initiative « Reithalle », qui a pour seul effet de créer les bases nécessaires à la réduction des prestations, elle est pleinement valable au regard de l'article 113 Cst.-BE, tout comme l'actuel article 35a LPFC.

## **2. AU REGARD DU PRINCIPE D'EGALITE**

D'après le Rapport du Conseil exécutif, l'initiative « Reithalle » créerait une inégalité de traitement au détriment de la seule commune de Berne, par des moyens disproportionnés et sans reposer sur un intérêt public suffisant. Cet argument est mal fondé à la fois quant au principe et quant au grief plus particulier qui serait censé le justifier.

Apparemment, la position du Gouvernement est supposée s'appuyer sur l'article 8 Cst. Or ce dernier prévoit clairement que « tous les êtres humains sont égaux devant la loi », ce qui exclut logiquement au moins les collectivités publiques, sinon les personnes morales formées d'êtres humains mais soumises au droit privé<sup>9</sup>. Il est ainsi sans exemple, dans l'ensemble de la jurisprudence publiée, qu'une commune ait pu invoquer directement l'article 8 Cst. pour faire valoir une inégalité de traitement avec d'autres communes. Le Rapport et l'Avis de droit ne citent

---

<sup>9</sup> **J.F.Aubert, P. Mahon**, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003, note 6 ad art. 8 ; **Haefelin Haller** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9è. éd, Zurich 2016, p. 221 ; **SanktGaller Kommentar**, 3èd. 2014, note 17 ad art. 8 ; **P. Mahon**, Droit constitutionnel, vol II p. 237 ; **Basler Kommentar, Waldmann-Belser**, 2015, note 19 ad art. 8.

d'ailleurs aucun arrêt dans ce sens (ni aucun ouvrage de doctrine). La seule exception qu'introduit la jurisprudence, de façon très rare, concerne les cas dans lesquels une commune bénéficie de la garantie de son autonomie et où elle prétend que l'atteinte portée à son indépendance est arbitraire et discriminatoire<sup>10</sup>. Cela s'explique parce que, dans une pareille situation, la commune apparaît comme une entité pourvue de droits propres et protégés par la Constitution. Mais il s'agit d'une exception car, en principe, les droits fondamentaux protègent les particuliers contre les collectivités publiques et non pas celles-ci les unes contre les autres.

Conformément à la jurisprudence constante, les communes peuvent se prévaloir des droits fondamentaux normalement reconnus aux personnes privées seulement dans le domaine de leur autonomie<sup>11</sup>. Or les communes bernoises ne bénéficient pas de la protection de leur autonomie dans les matières visées par l'initiative, qu'il s'agisse de la péréquation financière ou de l'encouragement à la culture<sup>12</sup>. L'article 8 Cst. est donc inapplicable dans le cas présent. L'Avis de droit (p.32) conteste cette jurisprudence sans donner d'argument et sans s'appuyer sur aucune autre autorité que sa propre opinion.

Or la doctrine spécialisée ne paraît pas non plus envisager de reconnaître directement la protection de l'article 8 Cst. aux communes ou à d'autres collectivités publiques. La pratique et la théorie s'expliquent à cet égard. La Constitution et la législation fourmillent de dispositions qui créent des différences de traitement entre les diverses collectivités publiques, qu'il s'agisse de leur représentation dans les organes de la collectivité supérieure, de leurs prétentions financières, de l'aménagement du territoire, de l'aide à certaines régions etc.

---

<sup>10</sup> ATF 115 Ia 42, 46-7.

<sup>11</sup> ATF 131 I 91, 103.

<sup>12</sup> Voir chiffre 4 ci-dessous.

De tous les domaines de la législation, la péréquation financière serait d'ailleurs un des moins adéquats pour exiger une égalité entre les communes. La loi du 27 novembre 2000 opère, pour cette raison, de multiples distinctions entre les communes, ce qui est inévitable. Tantôt elle met sur un pied particulier des centres urbains comme Berne, Bienne et Thoune, tantôt elle y ajoute Berthoud et Langenthal. Elle nomme donc les villes qui sont mises au bénéfice d'un régime spécial et leur réserve un traitement particulier. Il ne viendrait à l'idée de personne de soutenir que cette manière de faire enfreint article 8, qui est de toute manière inapplicable dans ce domaine et qui ne saurait jouer aucun rôle utile en la matière.

Quant aux motifs sur lesquels reposent les différences de traitement opérées tant par la loi actuelle que dans la réforme proposée par l'initiative, elles sont dues à des motifs d'intérêts publics de nature très diverse qui peuvent tenir aux charges particulières pesant sur certaines communes, ou, dans le cas de l'initiative litigieuse, destinés à veiller à ce que la sécurité publique soit assurée sans coût exorbitant. Le Rapport (p.8) le conteste contre toute évidence et au mépris du texte explicite de l'initiative. Ces motifs, quels qu'ils soient, et qui sont généralement légitimes, appartiennent de toute manière à l'appréciation politique et la question doit être tranchée par le législateur, en l'occurrence par le peuple, quand l'initiative lui sera soumise.

Implicitement, mais dans le même contexte, le Rapport du Conseil exécutif invoque le principe de proportionnalité (p.8). Toutefois, il convient de souligner que ce principe, énoncé aux articles 5 et 36 Cst., n'a pas de portée indépendante et s'applique seulement dans le cadre d'une argumentation fondée sur un droit fondamental. Il ne peut donc être invoqué de façon pertinente que si une commune peut faire valoir la violation de son autonomie. Toutefois, on le répète, celle-ci n'est pas garantie en l'espèce et sa violation ne saurait être invoquée<sup>13</sup>. Au surplus, il

---

<sup>13</sup> Voir chiffre 4 ci-dessous.

appartient aux citoyens bernois de décider si les mesures prévues par l'initiative sont adéquates, question qui est d'ordre politique et non juridique.

### **3. AU REGARD DE LA DEFINITION DE L'INITIATIVE LEGISLATIVE**

Dans son Rapport (p. 9), le Conseil exécutif relève que les règles demandées par l'initiative « Reithalle » ne s'appliquent en réalité qu'à cette institution et donc à la seule ville de Berne. Tout en reconnaissant que les lois régissant des cas particuliers « ne sont pas en soi irrecevables », il reproche à la demande litigieuse de poser le problème de la séparation des pouvoirs en ne laissant aucune marge de manœuvre à l'autorité d'exécution. En conclusion, « dans le cadre d'une interprétation stricte » il faudrait invalider l'initiative populaire, suivant le Gouvernement.

Il convient de relever que le Rapport n'explique pas clairement pourquoi ni comment l'initiative pourrait être nulle. Il met en relation deux questions qui sont effectivement liées, mais il leur donne des réponses contradictoires : d'abord, si l'initiative en droit bernois peut viser un cas particulier ; ensuite si la séparation des pouvoirs entre en ligne de compte. Or, en réalité, la situation juridique est simple : si une initiative populaire peut viser un cas spécial, elle est valable et, une fois votée, elle apporte licitement une exception à la séparation des pouvoirs. Quant à la solution, elle dépend nécessairement de la définition que donne le droit applicable à l'initiative populaire. Si celle-ci est clairement et expressément circonscrite dans un certain cadre et que la loi interdise d'en franchir les frontières, l'initiative qui outrepassé ces limites n'est pas recevable. Si en revanche les textes topiques ne cantonnent pas l'initiative populaire dans un certain périmètre, en interdisant par exemple que l'initiative comportant des normes vise également un cas particulier, alors il s'impose de choisir une solution souple et d'admettre la validité de l'initiative. Par exemple, suivant la jurisprudence, « lorsque le droit cantonal ne

l'exclut pas, une mesure concrète d'aménagement du territoire peut être proposée par voie d'initiative populaire »<sup>14</sup>.

**a.** Le droit bernois ne limite pas l'objet de l'initiative législative, ce que confirme la pratique. L'article 58 Cst.-BE ouvre la voie à l'initiative qui demande l'adoption, l'abrogation ou la modification d'une loi. Il ne donne pas d'autre précision. Parmi les conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'initiative, il y a uniquement son caractère exécutable, le respect de l'unité de la forme et de la matière, ainsi que du droit supérieur (art. 59, al. 2, Cst.-BE).

Quant à l'article 69, alinéa 4, Cst.-BE, qui se réfère à la notion de loi dans le cadre d'une disposition générale sur la délégation, il n'a manifestement pas pour objet ni pour effet de restreindre la définition de la loi et, partant, de l'initiative législative. Tant par son contexte que par sa formulation, l'article 69, alinéa 4, désigne les choses qui doivent impérativement être édictées dans la forme de la loi et indique un certain nombre de matières qui doivent être réglées au niveau législatif. La portée de cette disposition n'est ainsi pas de limiter la notion de loi, mais bien plutôt de désigner les objets qui ne peuvent pas être réglementés autrement que par la forme législative<sup>15</sup>. Il n'est donc pas possible d'interpréter l'article 69 comme limitant le droit d'initiative législative. Il n'interdit nullement à un texte de comprendre à la fois des normes générales et abstraites et un objet particulier, pourvu que ce texte ait été adopté suivant la procédure législative, en l'occurrence celle que prescrit l'article 58 Cst.-BE.

L'initiative litigieuse dans le cas présent n'est en aucun cas contraire à la Constitution cantonale en raison de son contenu et de sa formulation. Une décision en sens inverse serait sans précédent<sup>16</sup>. L'Avis de droit sur lequel se fonde le

---

<sup>14</sup> ATF 138 I 138 :

<sup>15</sup> **D. Buser**, *Kantonales Staatsrecht*, 2<sup>e</sup> ed. Bâle 2011, p. 150.

<sup>16</sup> Voir **A. Auer**, *Staatsrecht der Schweizerischen Kantone*, Berne 2016, p. 273.

Rapport du Conseil exécutif ne cite d'ailleurs aucun arrêt dans lequel un tribunal aurait annulé une pareille demande populaire. Bien plutôt, il rappelle des cas récents dans lesquels des initiatives ont été jugées recevables, alors même qu'elles visaient des objets concrets, notamment des installations nucléaires. Il s'agissait certes d'initiatives constitutionnelles, mais on peut admettre qu'à plus forte raison, elles auraient été valables si elles avaient pris la forme de la loi. Le Rapport (p.9) omet étrangement de rappeler ces précédents, que l'Avis de droit (p.38) juge pourtant déterminants et qui le sont en effet. La deuxième initiative en question demandait la mise hors service immédiate de la centrale nucléaire de Mühleberg ; sur la proposition du Conseil d'Etat du 14 août 2013 (Rapport p. 4), elle fut déclarée valable par le Grand Conseil le 19 novembre 2013, par 137 voix contre 11<sup>17</sup>. La première avait subi le même sort le 4 avril 2000, à la suite d'un examen approfondi<sup>18</sup> et conformément à la pratique antérieure.

**b.** En bonne logique, une fois qu'un cas particulier est réglé par une disposition légale valable, il en résulte nécessairement une exception à la séparation des pouvoirs. Puisque, par hypothèse, l'initiative a été déclarée valable et qu'elle a été acceptée par le peuple, cette exception est également licite. D'ailleurs, contrairement à ce qu'affirme le Rapport du Conseil exécutif (p. 9), il n'est pas exact de dire que l'autorité d'exécution est ici privée de toute marge de manœuvre. L'Avis de droit (p.12) le reconnaît implicitement.

D'après ce Rapport, les autorités chargées de l'application seraient empêchées de prendre dans une autre commune des mesures semblables à celles qui sont exigées pour la ville de Berne, même si la situation était comparable. Or il s'agit là d'une interprétation réductrice du texte de l'initiative, qui ne prohibe pas expressément l'application de diverses dispositions comme l'article 35b ou l'article 14 à des communes d'ailleurs nommément désignées à l'article 35b, alinéa 1. La référence à

---

<sup>17</sup> **Tagblatt** 2013 p. 1281.

<sup>18</sup> **Tagblatt** 2000 p. 331,341.

l'annexe III indique impérativement un minimum mais n'interdit pas forcément d'élargir celui-ci à d'autres collectivités publiques. Certes il s'agit d'une question d'interprétation de l'initiative, mais on sait qu'un tel problème doit être résolu dans un sens favorable aux initiants en vertu du principe *in dubio pro populo*. Le Rapport du Conseil d'Etat ne rend pas justice à cette règle fondamentale de la démocratie semi-directe. Si l'organe politique chargé de vérifier la validité des initiatives populaires était autorisé à leur donner une interprétation douteuse, voire tendancieuse, le droit d'initiative serait excessivement entravé. L'examen préliminaire du respect du droit supérieur ne saurait conduire à préjuger la solution de questions d'application qui surgiront ultérieurement.

c. En définitive, la réforme proposée de la loi sur la péréquation financière et la compensation des charges, qui énonce des règles générales et abstraites et vise en particulier un cas concret, entre dans le cadre de l'initiative législative. Les exceptions qu'elle fait nécessairement à la séparation des pouvoirs n'entraînent pas son invalidité. A cet égard, la pratique suivie dans le canton de Berne au cours de ces dernières années est constante : visant jusqu'ici à deux reprises la centrale nucléaire de Mühleberg, elle doit aussi s'appliquer à l'initiative « Reithalle ». En effet, les initiatives de 1999 et 2013 ne laissaient aucune marge de manœuvre aux autorités d'exécution et pourtant il ne fut même pas question d'objecter la séparation des pouvoirs. Un revirement de la pratique serait concevable seulement si le droit bernois avait changé sensiblement depuis 1999, date de la première affaire de Mühleberg et s'il pouvait être établi sans doute aucun que le constituant cantonal a voulu limiter l'initiative législative dans un cadre étroit en interdisant expressément et clairement qu'une demande populaire comporte la solution d'un cas particulier à côté de règles générales et abstraites.

Quant à l'argument déduit de la séparation des pouvoirs, il est mal fondé, dans la mesure où on pourrait le considérer comme pertinent. Dire à la fois qu'un objet

particulier peut être visé par l'initiative législative et que cette dernière violerait de ce fait le principe de la séparation des pouvoirs serait évidemment contradictoire. On sait d'ailleurs que le principe envisagé est de nature toute relative et que, dans le système juridique suisse, les exceptions sont très nombreuses. Une conception stricte ou rigide n'est défendue par aucun auteur. Il arrive certes que les tribunaux sanctionnent les empiètements de l'exécutif sur le domaine de la loi<sup>19</sup>. Mais l'inverse serait sans précédent et il ne se conçoit simplement pas que l'on reproche au législateur de s'ingérer dans les compétences de l'exécutif sur un point particulier<sup>20</sup>. Ni le Rapport ni l'Avis de droit sur lequel il s'appuie ne cite aucun exemple dans ce sens.

#### 4. AU REGARD DE L'AUTONOMIE COMMUNALE

Suivant le Rapport du Conseil exécutif, l'initiative législative empiéterait abusivement sur les attributions de la commune de Berne dans le domaine de l'encouragement des activités culturelles (p.9). Le Rapport reconnaît certes que l'indépendance des communes n'est pas violée par l'initiative, dans la mesure du moins où la péréquation financière appartient à la compétence du canton. Mais il fait valoir que la liberté de décision de la commune de Berne en matière culturelle serait fortement entravée, si elle subissait les pressions qu'exercerait la loi pour qu'elle ferme la Reithalle. Sans doute s'agirait-il d'une simple influence de fait, au surplus indirecte, mais cette restriction considérable de la liberté de la ville de Berne ne serait pas justifiée, de sorte que l'autonomie communale dans le domaine de l'encouragement des activités culturelles serait violée (p.10).

Dans notre ordre juridique tel que le comprend le Tribunal fédéral, l'autonomie communale n'est pas garantie d'une manière tout à fait générale, mais seulement dans certains domaines. Elle ne vise donc pas toutes les activités de la commune.

---

<sup>19</sup> ATF 142 I 26, 30.

<sup>20</sup> ATF 114 Ia 419 ; voir **H. Seiler**, Gewaltenteilung, Berne 1994, p. 562ss.

Son étendue est fixée par le droit cantonal et fédéral (art. 109, al.1, Cst.-BE). Dès lors que le droit fédéral ne joue pas de rôle en l'espèce, c'est le droit cantonal qu'il s'agit d'analyser.

Suivant la jurisprudence, l'autonomie communale au sens juridique du terme est protégée uniquement dans la mesure où elle est « reconnue dans un domaine spécifique »<sup>21</sup>. Comme le rappelle le Rapport, la présente affaire se situe à la fois dans le cadre de la péréquation financière et des activités culturelles. Il faut ainsi se demander si, dans l'une ou l'autre de ces matières, l'autonomie est reconnue aux communes bernoises.

a. S'agissant d'abord de la péréquation financière, qui dépend de l'article 113 Cst.-BE, il est évident que les communes bernoises ne jouissent d'aucune autonomie. Plus particulièrement, elles peuvent, selon l'article 113, alinéa 3, Cst.-BE, subir des réductions de leur droits, pourvu que la loi le prévoie. La Constitution offre ainsi expressément la possibilité de réduire ou de refuser les prestations. Le législateur a fait usage de cette faculté en prévoyant des mesures financières à l'égard des communes qui s'opposent à une fusion (art. 35a LPFC). Il s'agit ici d'une pression beaucoup plus grave que celle qui est contestée en l'espèce, puisque c'est l'existence même des communes visées qui est en cause, et non pas un aspect parmi tant d'autres de leurs activités. Dans le cadre de la péréquation prévue par l'art. 113 Cst.-BE, des pressions sur les communes sont donc indiscutablement licites, à condition qu'elles aient la base légale nécessaire.

b. Quant aux activités culturelles plus spécialement, l'article 48 Cst.-BE les place dans la compétence du canton et des communes. De cette disposition, il est exclu de déduire que les villes bernoises jouissent d'une autonomie quant à

---

<sup>21</sup> ATF 140 I 293 ; voir ATF 139 I 173 ; **M. Dill**, Die Staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, Berne 1996, pp 44ss.

l'encouragement de la culture. Il s'agit en effet de tâches communes, par la volonté du constituant.

Il serait éventuellement loisible à la loi de placer la culture et son encouragement dans le domaine de l'autonomie communale, si telle était la volonté exprimée par le législateur. Mais telle n'est pas la situation - ni la question - ici. Le Rapport reproche à l'initiative, bien plutôt, de légiférer de manière à influencer sur les activités culturelles de la ville de Berne. Mais c'est oublier que, dans un domaine confié à l'Etat aussi bien qu'aux collectivités décentralisées, il incombe à la loi cantonale de délimiter les compétences de chacun, ce que propose précisément l'initiative. Il serait sans précédent que les tribunaux annulent une loi ou une demande populaire qui limite la liberté dans un domaine qui ne relève pas expressément et directement de l'autonomie communale mais qui au contraire appartient à l'Etat autant qu'aux communes, en vertu de la Constitution.

Il importe peu que la marge de manœuvre de la commune soit plus ou moins restreinte en fait par l'initiative, puisque cette limite est imposée dans une matière qui du point de vue juridique ne relève pas de l'autonomie communale. Comme ce domaine appartient aussi au canton, on ne voit pas pour quelle raison le législateur cantonal serait privé du pouvoir de le réglementer. La commune peut agir dans les domaines où le canton s'est provisoirement abstenu de légiférer<sup>22</sup>. Mais le canton est toujours libre d'édicter une loi sur un objet de sa compétence, surtout si la matière n'entre pas dans le champ de l'autonomie communale.

c. Selon l'article 109, alinéa 1, Cst.-BE, l'étendue de l'autonomie garantie aux communes est « déterminée par le droit cantonal et le droit fédéral ». Il suit de là que l'autonomie est d'abord garantie - ou restreinte - par la Constitution cantonale. En l'occurrence l'article 113, alinéa 3, ne garantit aucune autonomie dans le

---

<sup>22</sup> ATF 142 I 177,184ss.

domaine de la péréquation. Quant à l'article 48 Cst.-BE, il ne place pas non plus la culture et son encouragement dans le domaine de l'autonomie communale, se contentant de charger le canton aussi bien que les communes de favoriser les activités culturelles. Dans ces deux matières, c'est à la loi qu'il appartient de délimiter les compétences de l'Etat et celles des collectivités décentralisées. A cet égard, les arrêts cités en note 53 de l'Avis de droit sont dénués de toute pertinence.

Au surplus, le champ d'application de l'autonomie communale est toujours délimité par la loi, et la garantie constitutionnelle ne protège pas les communes contre les textes législatifs adoptés par le peuple. Il en va ainsi, sauf rarissime exception, même dans les matières que la Constitution cantonale place directement dans le champ d'application de l'autonomie communale<sup>23</sup>, ce qui n'est pas le cas ici, comme on vient de le voir.

Ces principes trouvent une illustration frappante dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 décembre 2011<sup>24</sup>. Dans cette affaire vaudoise, les communes critiquaient une initiative législative qui entravait sensiblement leur indépendance dans le domaine de l'aménagement du territoire, alors que ce domaine est placé explicitement par l'article 138, alinéa 1, Cst.-VD dans le cadre de l'autonomie communale. Néanmoins, le juge rejeta l'argument déduit du principe garanti par l'article 138 Cst.-VD, en rappelant que l'autonomie communale « est définie et précisée par la législation cantonale » et que celle-ci « peut retirer aux communes une compétence spécifique, sans que cela ne viole l'autonomie constitutionnellement reconnue aux communes »<sup>25</sup>. A plus forte raison doit-on admettre que, dans le cas présent, l'initiative législative « Reithalle » est valable, car elle ne fait que préciser l'étendue de la liberté d'action de la commune dans un domaine où celle-ci n'a pas de

---

<sup>23</sup> **B. Dill**, pp 89ss

<sup>24</sup> ATF 138 I 131.

<sup>25</sup> Ibid. p. 142 et les citations de jurisprudence.

compétence exclusive ni d'autonomie garantie, qu'il s'agisse de la péréquation financière ou de l'encouragement à la culture.

Un arrêt récent confirme cette jurisprudence. Malgré une disposition cantonale qui garantit l'autonomie communale dans le domaine des langues à l'école, et qui laisse aux communes une liberté de décision relativement large, le Tribunal fédéral a rejeté le recours dirigé indirectement contre une règle législative qui restreint précisément cette indépendance (voir l'art. 3, al. 3, Cst.-GR)<sup>26</sup>.

En définitive, il est exclu de considérer que l'initiative « Reithalle » viole l'autonomie communale.

## **5. AU REGARD DU DROIT D'ÊTRE ENTENDU**

Le Conseil exécutif reproche à l'initiative litigieuse de restreindre le droit d'être entendu de la ville de Berne en impliquant une décision individuelle que la commune ne saurait contester par voie de recours (Rapport p.10). Dès lors que la demande populaire peut valablement viser un cas particulier, cet argument est contradictoire et porte à faux. Dans la mesure où il pourrait être pertinent, le grief serait mal fondé pour trois raisons.

Premièrement, le texte même de l'initiative législative ne tend nullement à priver les communes, en particulier celle de Berne, de leur droit d'être entendues. La demande populaire n'en parle pas et n'y touche donc pas. Elle ne règle d'ailleurs en rien la procédure qui conduira à une décision d'application, comme l'Avis de droit le reconnaît (p.12).

---

<sup>26</sup> ATF 141 I 36, 44-6.

En deuxième lieu, l'objection élevée par le Conseil exécutif néglige le fait que l'article 29 Cst., qui établit le droit d'être entendu, est directement applicable de toute façon. Le voudrait-il que le texte de l'initiative ne saurait en aucune manière atteindre un but que d'ailleurs il n'a pas. Comme droit fondamental, le droit d'être entendu est *self executing* et il n'appartient évidemment pas au législateur cantonal d'y faire échec<sup>27</sup>. Quant à la Charte européenne de l'autonomie communale du 15 octobre 1985, qui prévoit une sorte de devoir de consulter les communes, elle va moins loin que l'article 29 Cst. et ne joue donc aucun rôle ici.

Enfin, si un défaut de protection juridique apparaissait en l'occurrence, cela ne serait donc pas dû à l'initiative elle-même, mais à une carence du droit cantonal. Celui-ci devrait éventuellement être complété de manière que le droit d'être entendu des communes soit pleinement respecté. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombe aux cantons d'assurer une protection juridique suffisante et qu'on ne saurait reprocher à une initiative un silence du texte pour lui objecter une violation du droit d'être entendu<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> **E. Grisel**, *Egalité*, 2<sup>e</sup> ed. Berne 2009, p. 250 et les citations.

<sup>28</sup> ATF 138 I 139-40.

## CONCLUSIONS

I. L'initiative populaire « La Reithalle ne doit pas profiter des deniers des contribuables », laquelle respecte les conditions de l'article 59 Cst.-BE, y compris le droit supérieur, est valable.

II. Les objections qui lui sont opposées, quand elles sont pertinentes, ne sont pas fondées.

1. L'initiative n'est en rien contraire aux « consignes constitutionnelles » données par la Constitution cantonale au sujet de la péréquation financière.
2. Elle ne viole pas non plus le principe d'égalité, qui n'est pas applicable aux relations entre les communes dans les domaines où leur autonomie n'est pas garantie, en l'espèce la péréquation financière et la culture.
3. Elle entre dans le cadre de l'article 58 Cst.-BE, le droit bernois ne définissant pas de façon étroite la notion de loi et la pratique constante admettant la validité d'initiatives populaires qui touchent des normes et un objet particulier.
4. Elle ne transgresse pas l'autonomie communale, que la Constitution cantonale ne protège pas dans les domaines de la péréquation financière ni de la culture.
5. Elle ne restreint pas le droit d'être entendu, qui est de toute manière directement applicable en vertu de la Constitution fédérale et pourra donc s'exercer à l'avenir dans les cas d'application de la loi.

Préverenges, le 27 février 2017

Etienne Grisel