

Universités de Fribourg, Genève,  
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

# Les difficultés économiques en droit

Édité par

Lukas Heckendorn Urscheler  
Karen Topaz Druckman

Avec la collaboration  
d'Estelle de Luze



## Les difficultés économiques en droit



Universités de Fribourg, Genève,  
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

# Les difficultés économiques en droit

Édité par

Lukas Heckendorn Urscheler  
Karen Topaz Druckman

Avec la collaboration  
d'Estelle de Luze

Schulthess § 2015  
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : LUKAS HECKENDORN URSCHALER / KAREN TOPAZ DRUCKMAN (éds), Les difficultés économiques en droit, Programme doctoral romand de droit, Genève/Zurich 2015, Schulthess Éditions Romandes

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

ISBN 978-3-7255-8542-7

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps,  
1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

---

## **Table des matières**

**Avant-propos** V

**Abréviations** XI

### **Partie I L'Union européenne et la crise économique**

Le Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance : assurer le respect de la règle d'or ? – AMIRA RHARROUCHI 3

Libre circulation des personnes et difficultés économiques : L'ALCP face à la crise – NATHALIE CHRISTEN 27

L'impact de la crise économique sur les droits fondamentaux en Europe – DELPHINE HAYIM ET STÉPHANIE U. COLELLA 45

### **Partie II Les tâches publiques : prévoir et gérer des difficultés économiques**

L'approvisionnement en situation de pénurie : une législation de précaution – MAXIMILIEN STAUBER 69

La régionalisation des tâches publiques entre difficultés financières et préservation de l'autonomie cantonale et communale – ELOI JEANNERAT 83

L'accomplissement de tâches de police par des tiers : une réponse aux difficultés économiques de l'Etat ? – DIEYLA SOW 97

### **Partie III Réglementation et intervention publique dans le domaine des ressources naturelles**

Droits sur les ressources génétiques et difficultés économiques – VALÉRIE WYSSBROD 113

Prémices de l'engagement fédéral en matière d'économie verte – MAREVA MALZACHER 127

## **Partie IV Aspects économiques de la protection des personnes physiques**

- La rémunération du curateur : quelles solutions en cas d'indigence de la personne concernée ? Etude de droit suisse et de droit cantonal comparé – VALÉRIE DE LUIGI 145
- « Usage compassionnel » de médicaments : remboursé par l'assurance maladie obligatoire ? – CAROLE-ANNE BAUD 171

## **Partie V Difficultés économiques dans les relations contractuelles**

- Les difficultés économiques du débiteur dans le Code de Hammurabi – AURÉLIE GAVILLET 195
- La théorie de l'imprévision ou l'adaptation du contrat par le juge dans un contexte de crise économique – ADRIEN GABELLON 213
- Résiliation des contrats de distribution et dépendance économique – CYRIL GRADIS 233
- FTC v. Activis: Are reverse payment settlements antitrust immune? – AMALIA ATHANASIADOU 249

## **Partie VI Personnes morales : de la précaution à l'insolvabilité**

- Le droit de vote comme moyen pour renforcer la gouvernance d'entreprise – XENIA KARAMETAXAS 277
- La société de capitaux en difficultés économiques : réformes récentes et futures – LINO HÄNNI 293
- L'association insolvable : quelles responsabilités ? – GRÉGOIRE GEISSBÜHLER 309

## **Partie VII Conséquences de la crise dans le secteur financier**

- From Bail-out to Bail-in: which Consequences for Bank Creditors' and Depositors' Rights – ILIAS PNEVMONIDIS 327

Post-crisis tax measures in the financial sector – GIEDRE LIDEIKYTE-HUBER	349
---	-----

## **Partie VIII Le secteur immobilier – une crise pour qui ?**

La crise et le contrat de bail : où est l’abus de droit ? – SIMON GIL	369
Lorsqu’en matière immobilière, misère financière rime avec corollaires lésionnaires : De l’invocation de la lésion en guise de régulation des disproportions – ARNAUD CAMPI	385



---

# LA RÉGIONALISATION DES TÂCHES PUBLIQUES ENTRE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES ET PRÉSERVATION DE L'AUTONOMIE CANTONALE ET COMMUNALE

Par

ELOI JEANNERAT

*Mlaw, avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel*

<b>I. Question introductive</b>	<b>83</b>
<b>II. Situation et problèmes financiers des collectivités publiques</b>	<b>84</b>
<b>III. Amélioration de l'effcience par la collaboration</b>	<b>85</b>
<b>IV. Essai de délimitation des tâches « régionalisables »</b>	<b>88</b>
<b>V. Remarques conclusives</b>	<b>91</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>95</b>

## **I. Question introductive**

Les difficultés économiques que connaissent de nombreuses collectivités publiques poussent souvent ces dernières à collaborer entre elles ou, du moins, à l'envisager. Lorsqu'elles ne vont pas jusqu'à acquérir certaines prestations auprès d'autres communes ou, simplement, auprès du canton, les communes créent parfois des syndicats ou des associations qui gèrent des tâches à un niveau supracommunal ou régional. D'autres fois, elles cèdent à des organisations intercommunales existantes davantage de compétences. Les cantons font de même en créant des organisations et des institutions intercantionales communes censées fournir des prestations de manière efficiente au profit de la population de plusieurs cantons. À l'instar des communes, les petits cantons vont aussi jusqu'à « *outsourcer* » certaines de leurs tâches en confiant leur exécution à d'autres cantons ou organisations extracantonales.

Bien sûr, de telles collaborations permettent souvent aux collectivités de gagner en « autonomie réelle » dès lors que ces dernières peuvent offrir grâce à elles des prestations qu'elles ne pourraient pas forcément offrir à défaut. On peut toutefois se demander si cette solution – qui réduit l'« autonomie juridique » de ces mêmes collectivités – ne porte pas, selon les circonstances, une atteinte anti-

constitutionnelle à l'autonomie communale, respectivement à la « souveraineté » cantonale.

## **II. Situation et problèmes financiers des collectivités publiques**

De manière générale, la multiplication des tâches et/ou simplement l'exigence de les remplir toujours mieux ne font qu'accroître la nécessité, pour les collectivités publiques, d'engager des ressources financières et/ou humaines supplémentaires. Le problème est, comme nous venons de le mentionner en introduction, que de nombreuses communes et de nombreux cantons ne disposent pas forcément des moyens nécessaires pour relever de tels défis.

Certes, il est vrai que certaines études affirment que la situation des finances communales doit être qualifiée de globalement bonne<sup>1</sup>. Il n'empêche que de nombreuses communes – notamment dans les cantons romands – se battent chaque année contre un déficit et que, de manière générale, les charges ont tendance à augmenter presque irrémédiablement, les communes devant, entre autres, assumer les choix politiques effectués au niveau cantonal<sup>2</sup>.

Il faut dire que la situation financière des cantons n'est pas toujours plus enviable. En 2012, malgré la crise économique, la moitié des cantons avaient encore des comptes bénéficiaires. Toutefois, un résultat positif n'a été possible qu'en puisant dans les réserves. Surtout, l'autre moitié des cantons n'a pu éviter les chiffres rouges, le déficit cumulé de tous ces cantons représentant plus d'un milliard de francs<sup>3</sup>.

Et la situation ne devrait en principe pas s'améliorer. De nombreux facteurs ne vont pas manquer de peser sur les budgets cantonaux et communaux dans les années à venir, comme la délocalisation d'entreprises à l'étranger, le vieillissement de la population, l'assainissement des caisses de pension et la perte

---

<sup>1</sup> Cf. sur la situation financière et budgétaire des collectivités publiques en Suisse, GRASS/KRUMMENACHER/EICHLER/MÜLLER, p. 18-21, de même que FISCHER/LUCK, p. 46-49.

<sup>2</sup> Cf., pour un aperçu de la situation dans le canton du Jura, SERVICE DES COMMUNES DU CANTON DU JURA, Rapport sur les finances communales 2011, Delémont 2013, et, pour la situation au niveau suisse, LADNER/STEINER/HORBER-PAPAZIAN/FIECHTER/JACOT-DESCOMBES/KAISER, p. 10 s.

<sup>3</sup> Cf. la dépêche de l'ATS, du 17 avril 2012, *Plus d'un milliard de déficit pour des comptes cantonaux contrastés*, consultable sur le site [www.rts.ch](http://www.rts.ch), le 31 décembre 2013.

de certaines recettes extraordinaires (p.ex. redistribution des bénéfiques de la Banque nationale suisse)<sup>4</sup>.

Les difficultés financières des cantons et des communes engendrent logiquement quelques difficultés en matière de personnel. Il est souvent impossible – d'un point de vue financier – d'engager des personnes supplémentaires pour accomplir les nouvelles tâches à réaliser. Pire, le problème est encore exacerbé par le fait que les exigences professionnelles croissantes et les attentes de plus en plus grandes des habitants montrent les limites du système de milice. Il est aujourd'hui difficile de compter exclusivement sur l'engagement bénévole des habitants, qui ne jouissent pas ou plus des capacités requises ou rechignent à être recrutés<sup>5</sup>. Enfin, dans divers domaines, comme celui de la police, le marché du travail ne fournit pas forcément assez de spécialistes ou de postulants pour chacune des collectivités<sup>6</sup>.

En fait, quelques-uns des problèmes susmentionnés résultent du fait que de nombreuses communes de même que, parfois, certains cantons ne disposent pas de la taille idéale pour optimiser leur efficacité. On constate ainsi toujours plus, dans les communes et, parfois même, dans les cantons de petite taille, un « *décalage important entre la dimension politique de la commune et la dimension économique des tâches publiques locales* »<sup>7</sup>. Certes, la taille idéale d'une collectivité n'existe pas de manière absolue et ne s'examine pas seulement selon des critères démographiques. Elle varie notamment en fonction de chaque tâche étatique, du territoire et du type de collectivité publique concernée et des attentes de la population<sup>8</sup>. Des études tendent néanmoins à démontrer que la commune idéale serait composée d'environ 3'000 habitants. Un canton devrait quant à lui se révéler particulièrement efficace s'il regroupait quelque 140'000 habitants. De telles tailles permettant d'obtenir des économies d'échelle importantes<sup>9</sup>. Au-delà, les frais de structure et la perte des services de milices ont tendance à compenser les gains d'efficacité<sup>10</sup>.

### III. Amélioration de l'efficacité par la collaboration

Les collectivités publiques de petite taille – qu'elles soient communales ou cantonales – peuvent être tentées de remédier à leurs difficultés financières en

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> RÜHLI, p. 9 et 62-64.

<sup>6</sup> COMITÉ DE DIRECTION DU PROJET « POLICE DE L'ARC JURASSIEN » (CODIR PAJ), p. 13.

<sup>7</sup> SERVICE DES COMMUNES DU CANTON DU JURA, p. 62.

<sup>8</sup> JEANRENAUD/VOILLAT, p. 24 et 27 ; MOSER/FISCHER, p. 24.

<sup>9</sup> *Cf.*, entre autres, MOSER/FISCHER, p. 12 ; JEANRENAUD/VOILLAT, p. 27.

<sup>10</sup> RÜHLI, p. 24.

collaborant avec d'autres collectivités dans l'exécution d'une tâche étatique. Il est vrai qu'en partageant leurs frais, les collectivités peuvent limiter leurs dépenses. L'idée peut être, notamment, de réduire les équipements et le personnel qui font doublon. Très théoriquement, la collaboration intercantonale et intercommunale permet toujours des économies d'échelle. Ainsi, le gain financier qui peut être retiré d'une meilleure collaboration se révèle un argument très souvent mis en exergue par les partisans de la collaboration régionale.

Il faut toutefois reconnaître qu'en pratique, les économies envisagées ne sont pas forcément à la hauteur des attentes. Finalement, il semble qu'à l'instar de ce qui a déjà été constaté en matière de fusion de commune, l'intérêt de collaborer consiste davantage à optimiser l'utilité des dépenses publiques qu'à les réduire véritablement<sup>11</sup>. Ainsi, la régionalisation des services sociaux n'a pas entraîné une réduction des coûts significative dans ce domaine, mais au moins une efficacité accrue de l'aide sociale du fait de la professionnalisation qui a accompagné le processus<sup>12</sup>. De manière générale, la collaboration régionale permet également d'éviter la survenance de dépenses « inutiles », notamment de type judiciaire. Par exemple, le fait d'avoir élaboré une planification à l'échelle régionale peut offrir à un tribunal la possibilité d'apprécier rapidement si un projet est suffisamment coordonné à ce niveau et s'il repose sur une pesée globale d'intérêts<sup>13</sup>. À terme, une telle planification commune en amont au niveau des espaces fonctionnels régionaux – au-delà des frontières communales – permet d'accélérer la réalisation de projets de détails, notamment en cas de recours<sup>14</sup>. De même, une planification directrice coordonnée à une échelle régionale permet assurément d'optimiser l'utilité des investissements effectués et les conditions cadres favorables à l'implantation d'entreprises (p.ex. transports publics) ou, du moins, d'éviter que des dépenses soient réalisées inutilement (p.ex. nécessité de redimensionner les équipements)<sup>15</sup>.

En résumé, la collaboration permet au moins d'améliorer l'efficacité de l'action publique, si ce n'est pas la réduction de ses coûts. L'idée est de « faire mieux avec ce que l'on a » dans un contexte de difficulté budgétaire et de concurrence fiscale. Dans cette mesure, on rapproche parfois la collaboration régionale à une forme de « *New public management* »<sup>16</sup>.

Enfin, on n'omettra pas de rappeler que le fait de mettre sur pied une collaboration intercantonale et intercommunale permet aussi d'obtenir des aides financières fédérales. Un tel soutien peut être important dans des domaines particulièrement dispendieux, comme le développement des infrastructures d'agglomérations et la

---

<sup>11</sup> Cf. RÜHLI, p. 24 s. ; GOUVERNEMENT DU CANTON DU JURA, CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL, p. 498.

<sup>12</sup> CONFERENCE SUISSE DES INSTITUTIONS D'ACTION SOCIALE (CSIAS), p. 7.

<sup>13</sup> Cf. JEANNERAT, p. 8.

<sup>14</sup> Pour un exemple récent, cf. TF 1C\_15/2013 du 9 août 2013.

<sup>15</sup> Cf. *ibidem* et CONFÉRENCE TRIPARTITE SUR LES AGGLOMÉRATIONS (CTA), p. 7-10.

<sup>16</sup> Cf., sur cette question, KOLLER, p. 12.

formation supérieure<sup>17</sup>. Si une collaboration permet d'atteindre une meilleure efficacité ou des économies, les cantons peuvent inciter les communes à collaborer en faisant dépendre l'octroi de subventions de la condition que certaines tâches communales ou régionales soient accomplies de manière commune<sup>18</sup>. À l'inverse, le refus d'une commune de coopérer avec d'autres peut conduire, selon les circonstances, à la réduction de prestations ou de subventions en sa faveur, voire en leur suppression pure et simple<sup>19</sup>.

De ce fait, malgré les différentes résistances politiques, la collaboration régionale – qu'elle soit intercommunale ou intercantonale – connaît un développement particulièrement important et rapide. Le phénomène n'est que difficilement quantifiable, notamment parce que la collaboration contractuelle et ponctuelle n'est que peu apparente<sup>20</sup>. Toujours est-il qu'on estime qu'aujourd'hui, en Suisse, un tiers des tâches communales font l'objet de collaboration<sup>21</sup>. Dans le canton de Zurich, il existerait plus de deux cents syndicats de communes différents<sup>22</sup>. Surtout, de manière absolue, il n'existe plus guère de domaines qui ne font pas l'objet de collaboration, étant précisé qu'en moyenne, les communes collaborent dans près de neuf domaines différents<sup>23</sup>. Celles-ci le font en matière scolaire et sanitaire, en matière de police du feu, d'aménagement du territoire, de gestion des déchets et de promotion économique. Il existe même des communes ayant regroupé l'intégralité de leurs administrations<sup>24</sup>. En bref, la liste des domaines se prêtant particulièrement à une coopération est sans cesse allongée, non seulement sur le plan quantitatif, mais aussi sur le plan qualitatif<sup>25</sup>. Il est aujourd'hui avéré que la tendance est la même en matière de collaboration intercantonale lorsque l'on sait qu'il existe aujourd'hui largement plus de trois mille conventions intercantionales en Suisse<sup>26</sup> et qu'il n'est aujourd'hui plus tabou d'évoquer la fusion de plusieurs polices cantonales ou de tribunaux cantonaux spécialisés<sup>27</sup>.

---

<sup>17</sup> Un tel soutien a d'ailleurs été expressément ancré dans la Constitution fédérale (*cf.* art. 63a al. 5 Cst. féd.).

<sup>18</sup> *Cf.*, expressément, art. 6 LC bernoise sur les communes du 16 mars 1998 (RSB 170.11).

<sup>19</sup> OFFICE DES AFFAIRES COMMUNALES ET DE L'ORGANISATION DU TERRITOIRE (OACOT), p. 14-15.

<sup>20</sup> RÜHLI, p. 40.

<sup>21</sup> RÜHLI, p. 41.

<sup>22</sup> RÜSSLI (2012), p. 134.

<sup>23</sup> *Cf.* LADNER/STEINER/HORBER-PAPAZIAN/FIECHTER/JACOT-DESCOMBES/KAISER, p. 35.

<sup>24</sup> OACOT, Coopération intercommunale en matière d'administration, Bulletin d'information n° 1, janvier 2002, consultable sur [www.be.ch](http://www.be.ch), le 31 décembre 2013.

<sup>25</sup> OACOT, p. 10.

<sup>26</sup> Sur l'augmentation du nombre de conventions intercantionales, *cf.*, entre autres, RAVASI, p. 350 s., et BOCHSLER/SCIARINI, LeGes 2006/1, p. 28-30.

<sup>27</sup> *Cf.*, de manière générale, BOCHSLER/SCIARINI, p. 30, et, spécialement, CODIR PAJ, p. 36 s.

## IV. Essai de délimitation des tâches « régionalisables »

La question est désormais celle de savoir jusqu'où peut aller la régionalisation – en l'occurrence l'intercommunalisation et l'intercantonalisation – de l'exécution des tâches publiques. En effet, on considère généralement que l'autonomie garantie constitutionnellement aux cantons et aux communes ne confère pas à ces derniers uniquement des droits, comme celui de collaborer, mais qu'elle a également pour corollaire de leur interdire de procéder à d'importantes délégations de tâches et compétences en faveur d'organes intercantonaux ou intercommunaux ou en faveur d'organes d'autres cantons ou d'autres communes<sup>28</sup>. L'idée est que les cantons ou les communes doivent continuer d'exercer une partie importante des tâches publiques qui leur sont confiées de manière indépendante, au risque sinon de vider de son sens la structure fédéraliste et communaliste voulue par la Constitution fédérale, respectivement les constitutions cantonales<sup>29</sup>. C'est ce que la doctrine alémanique appelle le principe du « *Verbot der Selbstpreisgabe* »<sup>30</sup> ou celui du « *Verbot der Selbstaufhebung* »<sup>31</sup>. Si la règle de base semble simple, son application pratique n'en est pas moins délicate tant ses contours semblent obscurs<sup>32</sup>.

Certes, on admettra volontiers, à l'instar d'autres auteurs de doctrine, qu'il est pour l'heure impossible d'admettre – d'un point de vue constitutionnel – la création d'un parlement intercantonal qui jouirait de la compétence de légiférer dans de nombreux domaines<sup>33</sup>, tout comme la création d'un gouvernement intercantonal qui pourrait, par exemple, proposer des projets législatifs identiques à deux parlements cantonaux différents<sup>34</sup>. Il en irait de même d'une délégation législative presque générale d'une commune en faveur d'une autre, puisque le pouvoir de légiférer représenterait bien le « *kernbereich* » de l'autonomie

<sup>28</sup> MARTENET, p. 285 ; ABDERHALDEN, p. 179.

<sup>29</sup> VOGEL, ZBl 110/2009, p. 558 ; BRUNNER, p. 127. Cette formulation est en principe utilisée en matière de collaboration intercantonale, mais peut être reprise, à notre sens, également pour la collaboration communale (voir, sur la définition des limites déduites de l'autonomie communale, MEYER, p. 287 ; REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, 20 mars 2013, p. 143 : « *Eine Gemeinde muss ein gewisses inhaltliches und umfangmässiges Spektrum an Aufgaben selbst erfüllen, damit sie als demokratisches Gemeinwesen funktioniert und ihre Existenz als selbstständiges Gemeinwesen gerechtfertigt ist. Dazu gehören Aufgaben der politischen Gestaltung, Steuerung und Aufsicht [z. B. Erstellung von Budget, Aufgaben- und Finanzplanung, Durchführung von Wahlen]. Die Gemeinde darf nicht sämtliche Aufgabenbereiche übertragen und sich auf eine Holdingfunktion beschränken.* »)

<sup>30</sup> ABDERHALDEN, p. 180 ; ZEHNDER, p. 212.

<sup>31</sup> BRUNNER, p. 127 ; DORMANN, p. 46.

<sup>32</sup> ZEHNDER, p. 213.

<sup>33</sup> MARTENET, p. 287.

<sup>34</sup> RICHLI, p. 113.

communale<sup>35</sup>. Dans le même sens, il faut probablement considérer que la création d'une organisation judiciaire intercantonale ou que l'octroi de compétences fiscales à une organisation intercantonale ou intercommunale irait trop loin, puisque l'une et l'autre compétence représentent en quelque sorte les attributs même de la souveraineté cantonale, respectivement de l'autonomie communale. Nous ne pouvons cependant nous empêcher de remarquer que chacune de ces hypothèses consisterait davantage en une forme d'intercommunalisation ou d'intercantonalisation des « fonctions étatiques » qu'en une éventuelle intercommunalisation ou intercantonalisation des « tâches publiques », de sorte qu'il s'agit peut-être, ici, plus de s'interroger sur constitutionnalité d'un nouvel – et quatrième – échelon étatique que sur celle de la régionalisation de tâches publiques.

En fait, la question de l'exécution commune des autres tâches publiques est plus compliquée. Par exemple, on aime prétendre que la planification locale et l'administration communale représentent traditionnellement une tâche ou une caractéristique centrale des communes et que la police et la justice représentent historiquement et symboliquement des tâches centrales des cantons<sup>36</sup>. C'est ainsi que l'on a longtemps considéré – et que l'on considère encore parfois – que la création d'une organisation policière commune à plusieurs cantons serait inconstitutionnelle<sup>37</sup>, tout comme la délégation des tâches d'administration communale à une autre commune<sup>38</sup>. Ces quelques opinions, qui ne font pas « grand cas » de l'autonomie organisationnelle et de la liberté de collaborer pourtant garantie aux cantons et aux communales, ne semblent pas – ou plutôt plus – forcément tenables. D'une part, les constituants et les législateurs semblent

<sup>35</sup> Verwaltungsgericht/SG B 2008/50 du 19 août 2008, c. 3.1 ; Verwaltungsgericht/ZG V 2012 87 du 26 mars 2013, c. 2d ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1395.

<sup>36</sup> S'agissant des tâches communales, cf. REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, 21 août 2013, p. 7 et 32, selon lequel « [d]ie Planung der Nutzung mittels Bau- und Zonenordnung sowie Gestaltungs- und Erschliessungsplänen ist ein Kernbereich der Gemeindetätigkeit » et que « [i]n kaum einem anderen Gebiet stehen den Gemeinden derart weitgehende Rechtsetzungsbefugnisse zu wie in der Raumplanung », et ATF 138 I 143, c. 1.3.2, dans lequel le Tribunal fédéral considère que, pour une commune, la construction d'une Gemeindehaus représente un « Kernbereich ihrer Aufgaben ».

<sup>37</sup> Cf. HÄFELIN, RDS 1969, p. 662 : « Die Überlassung eines gesamten Verwaltungszweiges an eine mit umfassenden Entscheidungsbefugnissen ausgestattete interkantonale Behörde würde dem zwingenden Charakter widersprechen, mit dem die Bundesverfassung den Kantonen die Verantwortung für den kantonalen Kompetenzbereich übertragen hat. Die Errichtung einer gemeinsamen Polizei- oder Gerichtsorganisation durch mehrere Kantone wäre geradezu ein Schritt zu einem Staatenbund innerhalb des Bundesstaates. » Voir aussi DORMANN, p. 47, qui évoque également l'intercantonalisation de l'éducation.

<sup>38</sup> REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, 20 mars 2013, p. 143 : « Die Gemeinde darf sich nicht ihrer gesamten operativen Tätigkeit entäussern, demokratische Entscheidungsverfahren ausschalten und zur organisatorischen Hülle verkommen. Sie könnte auch nicht die gesamte Gemeindeverwaltung auf eine andere Gemeinde oder auf einen Privaten übertragen ; eine wirksame politische Gestaltung und Steuerung erfolgen im engen Austausch zwischen Gemeindevorstand und gemeindeeigenem Personal, das seinen unmittelbaren Weisungen untersteht. »

encourager la collaboration régionale dans l'ensemble des domaines de l'activité étatique. D'autre part, comme nous l'avons vu, la pratique s'est largement distancée d'une perception restrictive de l'autonomie communale ou cantonale qui serait centrée sur une exécution indépendante des tâches et des services publics. Par exemple, la collaboration policière s'est largement intensifiée. Comme nous l'avons déjà évoqué, il existe même aujourd'hui des projets de fusion de polices cantonales. De même, toujours plus de petites communes délèguent leur administration à des communes voisines. Enfin, quelques législateurs cantonaux reconnaissent aujourd'hui à certains organismes intercommunaux le droit de se charger – du moins partiellement – de la planification locale<sup>39</sup>.

Cette évolution a conduit une partie importante de la doctrine à considérer – de manière pragmatique – qu'aujourd'hui, toutes les tâches publiques sont en soi régionalisables. À cet égard, il importe peu qu'une éventuelle régionalisation n'emporte avec elle qu'une mise en commun de compétences administratives ou qu'elle nécessite également un exercice commun des parties des fonctions législatives et judiciaires<sup>40</sup>. L'inadmissibilité de délégation de tâches ne saurait être fixée de manière abstraite, mais elle doit l'être au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances<sup>41</sup>. L'importance et l'étendue de la tâche dont l'exécution est régionalisée sont assurément des critères pertinents pour en juger. Il convient toutefois de les relativiser en fonction, notamment de la forme et du fonctionnement de l'organisation régionale.

Ainsi, on distinguera les cas où plusieurs collectivités publiques créent un organisme commun pour exercer ensemble une tâche sur leurs territoires de ceux où une collectivité publique choisit de confier à une autre l'exécution d'une tâche publique pour son compte et, peut-être, directement sur son territoire<sup>42</sup>. La première solution est en règle générale plus respectueuse de l'autonomie des collectivités qui participent à l'organisation régionale. La perte de compétences décisionnelles propres est en quelque sorte compensée par l'octroi de droits de participation au sein de l'organisation délégataire – intercommunale ou intercantonale – commune<sup>43</sup>. Des compétences importantes peuvent donc être déléguées à cette dernière. De même faudrait-il, pour juger de la constitutionnalité d'une collaboration régionale accrue, prendre en compte les effets de la collaboration. L'amélioration du pouvoir réel, de la possibilité d'action, de l'efficacité et de la qualité des services publics qu'induit souvent la coopération régionale pour les petits cantons ou les petites communes peut effectivement

---

<sup>39</sup> Cf., sur la question des plans d'affection spéciaux intercommunaux, JEANNERAT, p. 21 s.

<sup>40</sup> MARTENET, p. 286.

<sup>41</sup> MARTENET, p. 285 ; BRUNNER, p. 128 ; DORMANN, p. 48 ; VOGEL, p. 558. Cela inclut en plus des aspects exposés ci-après l'ensemble des collaborations existantes (cf. ZEHNDER, p. 214) de même que la problématique du droit de dénonciation de la convention intercantonale ou intercommunale fondant la collaboration (cf. notamment ABDERHALDEN, p. 181 ; DORMANN, p. 47).

<sup>42</sup> BRUNNER, p. 128 ; ZEHNDER, p. 213.

<sup>43</sup> BRUNNER, p. 128 ; ZEHNDER, p. 214.

compenser l'éventuelle perte d'autonomie de ces mêmes collectivités, dans la mesure où celle-ci ne serait que « théorique » sans collaboration. À tout le moins convient-il de faire preuve d'une certaine souplesse lorsqu'il est avéré que la collaboration apporte un réel gain d'efficacité en matière d'action publique<sup>44</sup>.

Vu ce qui précède, les situations dans lesquelles l'on devrait considérer qu'une intercantonalisation ou une intercommunalisation dépasse, d'un point de vue juridique, les frontières de l'admissible devraient encore rester rares. En tout cas, il semble bien qu'un juge – pour autant qu'il soit saisi de la question – ou une autre autorité appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une collaboration régionale ne pourrait que difficilement s'opposer au principe même de celle-ci au motif qu'elle violerait la « souveraineté » cantonale, respectivement l'autonomie communale. En effet, la réponse à une telle question relève plus d'une appréciation ou d'une pesée des intérêts politiques – ou d'une appréciation en opportunité – que d'une appréciation juridique à proprement parler<sup>45</sup>.

## V. Remarques conclusives

Les difficultés financières que connaissent les collectivités publiques et la concurrence fiscale qu'elles se livrent représentent quelques-unes des raisons qui conduisent à une collaboration intercantonale et intercommunale toujours plus poussée. En développant la collaboration, les collectivités publiques essaient de remédier au rétrécissement de leur capacité financière réelle en développant de nouvelles solutions organisationnelles originales afin de remplir les tâches qu'elles ne peuvent mener seules ou, du moins, qu'elles ne peuvent remplir correctement de manière isolée. À partir de ce constat, il apparaît difficile – sauf cas exceptionnels – de délimiter juridiquement, à partir du principe de « souveraineté/autonomie cantonale » et de celui d'« autonomie communale », un cercle de tâches qui ne pourraient pas être remplies de manière intercantonale ou de manière intercommunale. Finalement, il semble que le juriste doive laisser aux

---

<sup>44</sup> MARTENET, p. 285 s.

<sup>45</sup> D'autres problèmes politico-juridiques viendraient au demeurant compliquer la tâche de l'autorité saisie. Par exemple, même si elle devait prendre en compte l'ensemble des circonstances et, notamment, les collaborations préexistantes, elle resterait limitée par l'objet du litige et ne pourrait se prononcer que sur une convention de collaboration prise isolément. Or, justement, comme nous l'avons évoqué, les cas où l'on devrait considérer que la régionalisation d'une tâche publique comme une « *Selbstaufhebung* » ou une « *Selbstpreisgabe* » des collectivités publiques concernées devraient être plutôt rares (p. ex. parlement intercantonal). Surtout, selon les cas, il pourrait se révéler totalement absurde d'annuler une convention intercantonale ou intercommunale à ce titre, alors que les collectivités parties ne peuvent peut-être réaliser la tâche dont il est question qu'en collaborant (cf. BRUNNER, p. 128).

pouvoirs politiques suprêmes – c'est-à-dire aux parlements et aux constituants cantonaux – la tâche de déterminer les limites réelles de la collaboration régionale.

Aussi appartient-il essentiellement aux parlements cantonaux de fixer les véritables limites à la collaboration intercommunale en imposant – lorsqu'ils en ont la compétence comme dans les cantons du Jura, de Berne, de Fribourg et du Valais<sup>46</sup> – une fusion aux communes qui ne parviennent pas à fournir un minimum de prestation de manière indépendante et sans collaborer avec d'autres communes, ce notamment pour des raisons financières. La fusion forcée peut en effet être conçue comme la suite logique – pour ne pas dire l'aboutissement – des nombreuses collaborations qui existent déjà entre plusieurs communes ou comme une alternative appropriée – voire nécessaire – afin d'éviter la multiplication des collaborations entre elles. C'est en tout ce qu'a déjà rappelé plusieurs fois le Tribunal fédéral<sup>47</sup>. C'est même ce que prévoit expressément le droit jurassien. Ce dernier permet au parlement d'ordonner la fusion de plusieurs communes, spécifiquement lorsque l'une d'elles n'est plus en mesure d'assumer ses obligations en raison de la précarité de sa situation financière et de l'insuffisance de ses ressources et qu'elle dépend dans une large mesure des collaborations avec une ou plusieurs communes avoisinantes<sup>48</sup>.

De même appartient-il au pouvoir constituant cantonal de préciser les tâches qui doivent absolument être exercées de manière indépendante par le canton et qui ne peuvent être exécutées au niveau intercantonal. Le fait est qu'à l'heure actuelle les dispositions constitutionnelles cantonales relatives à l'intégration intercantonale n'ont encore peu de portée normative et tendent plutôt à favoriser la collaboration intercantonale qu'à l'entraver. Rien n'empêche toutefois le constituant cantonal de délimiter plus précisément les tâches dont il n'entend pas régionaliser l'exécution.

<sup>46</sup> Cf. respectivement, art. 112 al. 3 de la Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977 (RS 131.235) ; art. 108 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RS 131.212) ; art. 135 al. 4 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS 131.231) ; art. 26 de la Constitution du Canton du Valais du 8 mars 1907 (RS 131.232).

<sup>47</sup> Cf. ATF 131 I 91, c. 3.3 : « *Schon heute besteht in verschiedenen Sachbereichen - Forstwirtschaft, Energieversorgung, Bildungswesen, Pfarrei, Friedhofwesen, Feuerwehr - eine Zusammenarbeit zwischen der Gemeinde Ausserbinn und namentlich der Gemeinde Ernen. Der zwingende Zusammenschluss kann daher als Fortsetzung der bereits vorhandenen partnerschaftlichen Beziehungen verstanden werden und erscheint daher nicht als sachfremd oder gar abwegig.* » Voir, surtout, TF 1C\_415/2008 du 24 août 2009, c. 7.4.1 : « *L'accento ricorsuale ad altre forme di collaborazione sovracomunale, associazioni di comuni, convenzioni raccolta rifiuti, scolastiche e Corpo pompieri del Gambarogno, dimostrano peraltro che i problemi attuali non possono essere risolti nel contesto di un singolo Comune e che l'esclusione di San Nazzaro comporterebbe inevitabilmente la definizione di nuove collaborazioni con il nuovo Comune. La scelta di regolare le necessarie collaborazioni nel quadro di un nuovo Ente pubblico non è quindi per nulla arbitraria, anche sotto l'aspetto democratico.* »

<sup>48</sup> Art. 69b LC jurassienne sur les communes du 9 novembre 1978 (RSJU 190.11).

Comme le dit bien MARTENET, « *la fonction constituante cantonale pourrait dès lors trouver un nouvel essor en ce domaine* »<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> MARTENET, p. 289.



## Bibliographie

- ABDERHALDEN URSULA, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, thèse, Fribourg 1999
- BOCHSLER DANIEL/SCIARINI PASCAL, Konkordate und Regierungskonferenzen. Standbeine des horizontalen Föderalismus, *in* : LeGes 2006/1, p. 23-41
- BRUNNER STEPHAN C., Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, Untersucht am Beispiel der Ostschweiz, thèse, Zurich 2000
- COMITÉ DE DIRECTION DU PROJET « POLICE DE L'ARC JURASSIEN » (CODIR PAJ), Rapport sur l'opportunité et la faisabilité d'une Police de l'arc jurassien, sous la direction de Blaise Bonvin, TC Team Consult SA, du 30 janvier 2013, Delémont/Neuchâtel
- CONFERENCE SUISSE DES INSTITUTIONS D'ACTION SOCIALE (CSIAS), Régionalisation et professionnalisation des services sociaux, Sur la voie d'une aide sociale forte et efficace, Berne 2006
- CONFÉRENCE TRIPARTITE SUR LES AGGLOMÉRATIONS (CTA), Renforcement de la compétitivité internationale de la Suisse, Pistes pour une politique métropolitaine suisse, Berne 2010, p. 7-10
- DORMANN ALBERT, Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen, thèse, Zurich 1970
- FISCHER ROLAND/LUCK SIMON, La situation financière des collectivités publiques en Suisse, *in* : La Vie économique 4-2009, p. 46-49
- GOUVERNEMENT DU CANTON DU JURA, CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport explicatif concernant le projet de convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CDPT-JUNE), du 8 mai 2012, *in* : Journal des débats 12/2012, p. 491-498
- GRASS MICHAEL/KRUMMENACHER RETO/EICHLER MARTIN/MÜLLER URS, Situation budgétaire actuelle et future des cantons suisses, *in* : La Vie économique 3-2012, p. 18-21
- HÄFELIN ULRICH, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz : Referat, *in* : RDS 1969, p. 549-741
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich/St-Gall 2010
- JEANNERAT ELOI, La planification dans les espaces fonctionnels, *in* : Territoire & Environnement 6/12, p. 1-31
- JEANRENAUD CLAUDE/VOILLAT FRANÇOISE, Budget de la nouvelle entité de type cantonal des six districts, Canton du Jura et Jura bernois, Estimation selon deux modèles, Mandat de l'Assemblée jurassienne, Neuchâtel 2008
- KOLLER CORNELIA, Organisationsformen interkantonaler Zusammenarbeit im Justizvollzug am Beispiel des Konzepts Risikoorientierter Sanktionenvollzug (ROS), Masterarbeit, Berne 2009
- LADNER ANDREAS/STEINER RETO/HORBER-PAPAZIAN KATIA/FIECHTER JULIEN/JACOT-DESCOMBES CAROLINE/KAISER CLAIRE, Gemeindemonitoring 2009/2010 –Bericht zur fünften gesamtschweizerischen Gemeindeschreiberbefragung, Berne 2013

- MARTENET VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse, Bâle 1999
- MEYER KILIAN, Gemeindeautonomie im Wandel : eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, thèse, St-Gall 2011
- MOSER PETER/FISCHER JUDITH, Gemeindegrösse und Leistungsfähigkeit von Gemeinden, Studie zuhänden des Amtes für Gemeinden des Kantons Graubünden, Coire 2010
- OFFICE DES AFFAIRES COMMUNALES ET DE L'ORGANISATION DU TERRITOIRE (OACOT), Guide de la nouvelle loi du 16 mars 1998 sur les communes, Berne 1998
- RAVASI ELISA, Europeizzazione dei trattati intercantonali – Federalismo cooperativo in Svizzera e in Europa, *in* : FAHRLÄNDER/HEIZMANN (édit.), Europäisierung der Schweizerischen Rechtsordnung, Zurich/St-Gall 2013, p. 347-377
- REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, Gemeindegesetz – Antrag des Regierungsrates mit Weisung – Vorlage an Kantonsrat, du 20 mars 2013 (cité : REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, 20 mars 2013)
- REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, Gemeinde- und Wirksamkeitsbericht 2013, Berichtsperiode 2. Januar 2008 – 1. Januar 2012, du 21 août 2013 (cité : REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, 21 août 2013)
- RICHLI PAUL, Partnerschaft zwischen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, *in* : Schriftenreihe des Justizdepartements Basel-Stadt, Baselstädtische Kantonsverfassung, Bâle 2001, p. 97-119
- RÜHLI LUKAS, Gemeindeautonomie zwischen Illusion und Realität : Gemeindestrukturen und Gemeindestrukturpolitik der Kantone, *in* : Avenir Suisse (édit.), Kantonsmonitoring 4, Zurich 2012
- RÜSSLI MARKUS, Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden des Kantons Zürich und zwischen dem Kanton und den Gemeinden, *in* : RÜSSLI/HÄNNI/FURRER (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 129-143
- SERVICE DES COMMUNES DU CANTON DU JURA, Rapport sur les finances communales 2011, Delémont 2013
- VOGEL STEFAN, Interkantonale Verwaltungsorganisationen, *in* : ZBI 110/2009, p. 556-570
- ZEHNDER VITAL, Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modelle Form für die gemeinsame Trägerschaft, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2007