

La fusion de communes entre elles ou avec le canton

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

*Membre de la Commission fédérale de la concurrence**

I. Introduction

Le nombre de communes ne cesse de diminuer en Suisse. A la naissance de l'Etat fédéral, en 1848, la Suisse comptait 3205 communes; au 1^{er} janvier 2007, elles n'étaient plus que 2721¹. Plusieurs cantons ont connu, ces dernières années, de nombreuses fusions communales – volontaires pour la plupart. D'autres fusions de ce type sont annoncées. Les fusions contraintes restent, en revanche, rares².

Diverses raisons expliquent cette tendance à la fusion de communes que l'on perçoit dans plusieurs cantons³. Tout d'abord, la collaboration intercommunale a clairement le vent en poupe⁴, et son intensification soulève parfois la question de la fusion de communes limitrophes. Ensuite, de nombreuses petites communes peinent à trouver des personnes disposées à siéger dans leurs organes. Elles ne disposent pas d'un réservoir de population suffisant pour éviter toute carence sur ce point. Le renouvellement des édiles communaux n'est, dans de nombreux cas, pas garanti. D'autres raisons sont encore invoquées à l'appui des

* Les opinions exprimées dans les pages qui suivent n'engagent que leur auteur.

1 Voir également KATIA HORBER-PAPAZIAN, « Les communes », in: ULRICH KLÖTI ET AL. (éd.), *Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse*, 4^{ème} éd., Zurich 2006, pp. 233-258, 251.

2 Voir notamment HORBER-PAPAZIAN (n. 1), pp. 251-252.

3 Voir notamment HANSJÖRG SEILER, « Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht », in: DANIEL THÜRER / JEAN-FRANÇOIS AUBERT / JÖRG PAUL MÜLLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 491-506, 504, n° 49; BEATRIX ZAHNER, *Gemeindevereinigungen – öffentlichrechtliche Aspekte*, thèse Zurich, Zurich 2005, pp. 2-6.

4 Voir la contribution de KATIA HORBER-PAPAZIAN dans le présent ouvrage.

fusions de communes. Ainsi, les difficultés financières auxquelles font face maintes communes conduisent à examiner diverses pistes afin de continuer à être en mesure de fournir des prestations de qualité à un coût raisonnable. La fusion entre souvent en ligne de compte dans ce contexte, ne serait-ce que pour réaliser des économies d'échelle. Les effets bénéfiques d'une fusion communale, en termes financiers ainsi que sur le plan de l'efficacité et de la qualité des prestations, restent cependant à démontrer⁵. Enfin, la commune résultant d'une fusion voit, dans certains cas, son importance grandir au sein du canton, voire au plan fédéral⁶. Il en résulte, potentiellement, « un repositionnement au niveau régional et cantonal »⁷.

La présente contribution porte sur la fusion de *communes politiques* (*Einwohnergemeinden*) entre elles ou avec le canton⁸, l'accent étant mis sur les cantons dont le droit en matière de fusion de communes et la pratique y relative présentent un intérêt particulier. Elle commence par passer en revue les différents types de fusion (II). Elle se poursuit par l'examen du déroulement de la procédure de fusion (III). Seules les étapes clés seront évoquées, compte tenu des grandes disparités existant entre les cantons. Notre contribution se termine par quelques développements sur les conséquences d'une fusion (IV) et ses enjeux financiers (V), avant

5 Plutôt sceptique sur ce point, DANIEL ARN, « Liegt die Zukunft in der Fusion von Gemeinden? », *ZBI* 1999, pp. 241-253.

6 Le Conseil d'Etat du canton d'Argovie a rendu public, en mars 2007, un projet de réforme des communes qui doit conduire à la création de deux grandes villes de plusieurs dizaines de milliers d'habitants, à savoir Aarau et Baden, par le biais de la fusion de communes existantes (cf. *NZZ* des 10-11 mars 2007, p. 20, et du 19 mars 2007, p. 9).

Le 17 juin 2007, les corps électoraux des communes de Lucerne et de Littau ont accepté la fusion de celles-ci (cf. *NZZ* du 18 juin 2007, p. 10). D'autres fusions sont prévues afin que Lucerne devienne, à terme, la quatrième ville de Suisse (cf. *NZZ* du 6 juin 2007, p. 16).

7 HORBER-PAPAZIAN (n. 1), p. 252.

8 Certaines législations cantonales permettent également la fusion de différents types de communes, en particulier la fusion de communes politiques et bourgeoises (voir, par exemple, le § 126 de la loi zougnoise sur l'organisation et l'administration des communes du 4 septembre 1980 [LCo/ZG; RS/ZG 171.1], les §§ 193-196 de la loi soleuroise sur les communes du 16 février 1992 [LCo/SO; RS/SO 131.1] ou l'art. 46, al. 3, de la Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984 [Cst./BL; RS/BL 100]).

la conclusion générale (VI). Ces différentes questions seront traitées en faisant une large place à des comparaisons entre cantons puisque *le droit cantonal* est le véritable siège de la matière⁹.

II. Les types de fusion

La fusion de communes (A) doit être distinguée de la fusion d'une commune avec le canton auquel elle appartient (B).

A. La fusion de communes entre elles

Une double grille d'analyse permet de classer les différentes formes de fusion de communes. La première se rapporte au mode de concentration, en distinguant la fusion par combinaison (1) de celle par absorption (2)¹⁰. Cette dichotomie correspond à celle que l'on trouve – dans un contexte évidemment très différent! – dans le droit relatif à la fusion de sociétés commerciales¹¹. La seconde a trait au pouvoir décisionnel des communes concernées. La fusion volontaire (3) requiert leur accord, tandis que la fusion contrainte (4) peut s'en passer¹². Il convient, enfin, d'évoquer le cas particulier – qui ne s'est encore jamais produit dans la Suisse moderne – de la fusion de communes de cantons différents (5).

⁹ Voir néanmoins l'ordonnance du Conseil fédéral concernant les noms des lieux, des communes et des gares, du 30 septembre 1970 (RS 510.625). En vertu de son art. 6, al. 1, le Département fédéral de l'intérieur tient *la liste officielle des communes de la Suisse*, laquelle « est seule valable pour l'orthographe des noms des communes employés dans les relations officielles de l'administration fédérale ainsi que dans toutes les publications de la Confédération ». Cette liste doit évidemment être amendée en cas de fusion de communes.

¹⁰ Pour une approche en ce sens, voir l'art. 1 al. 2 du décret sur les fusions de communes, du 20 octobre 2004 (DFCo/JU; RS/JU 190.31): « Par fusion de communes, on entend la fusion proprement dite et le rattachement à d'autres communes. ». Sur cette distinction, voir notamment TOBIAS JAAG, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 162, n° 2242; ZAHNER (n. 3), pp. 131-146 et les nombreuses références.

¹¹ Art. 3, al. 1, de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus; RS 221.301).

¹² Sur cette distinction, voir spécialement ZAHNER (n. 3), pp. 96-130 et les nombreuses références.

1. *La fusion par combinaison*

Lors d'une fusion *par combinaison*, deux ou plusieurs communes se réunissent en une nouvelle commune et cessent alors d'exister d'un point de vue juridique¹³. Les actifs et passifs des communes qui fusionnent sont transférés, par succession universelle, à la commune nouvellement créée¹⁴.

Les cantons sont parfaitement habilités à prévoir une telle forme de fusion. Ni la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 (ci-après « la Charte »)¹⁵, ni la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.)¹⁶, ne s'y opposent. La fusion par combinaison peut, selon le droit cantonal, être volontaire ou contrainte¹⁷.

En pratique, cette forme de fusion est surtout utilisée par de petites communes. Elle entre parfois aussi en ligne de compte lors de fusions de grandes communes d'importance comparable. Elle permet de préserver les sensibilités locales, aucune commune n'étant absorbée par une autre. La fusion se fait ainsi – en apparence du moins – sur un pied d'égalité.

2. *La fusion par absorption*

Lors d'une fusion *par absorption*, une ou plusieurs communes sont absorbées par une autre commune et cessent alors d'exister d'un point de vue juridique¹⁸. Les actifs et passifs de la ou des communes absorbées sont transférés, par succession universelle, à la commune absorbante¹⁹. Celle-ci conserve sa personnalité juridique, ses actifs et passifs ainsi que son appareil normatif; des élections anticipées de ses organes y sont organisées si l'échéance de la législature ne coïncide pas, peu ou prou, avec la date d'entrée en vigueur de la fusion.

¹³ Pour une définition en ce sens, voir l'art. 1, al. 2, de la loi vaudoise sur les fusions de communes, du 7 décembre 2004 (LFusCom/VD; RS/VD 175.61). Voir aussi ZAHNER (n. 3), p. 138.

¹⁴ Voir *infra* IV, A.

¹⁵ RS 0.102.

¹⁶ RS 101.

¹⁷ Sur cette distinction, voir *infra* II, A, 3/4.

¹⁸ Voir ZAHNER (n. 3), p. 141.

¹⁹ Voir *infra* IV, A.

Les cantons bénéficient de la faculté de prévoir ou d'exclure²⁰ une telle forme de fusion. Ni la Charte, ni la Constitution fédérale n'y font obstacle. La fusion par absorption peut également, selon le droit cantonal, être volontaire ou contrainte.

En pratique, la fusion par absorption est surtout utilisée lorsqu'une commune est nettement plus importante que la ou les autres communes concernées. La fusion d'une ville avec des communes de son agglomération en constitue l'illustration par excellence. Du moment que la dissolution d'une commune importante est difficilement concevable, d'un point de vue politique à tout le moins, les autorités communales et même cantonales préfèrent, généralement, son maintien accompagné de la dissolution des communes plus petites.

3. *La fusion volontaire*

a. La notion

La fusion *volontaire* requiert l'accord de chaque commune fusionnant. Une telle forme de fusion ne soulève aucune difficulté particulière sous l'angle de la Charte et de celui de la Constitution fédérale.

L'accord de *toutes* les communes impliquées dans un processus de fusion n'est pas forcément indispensable, en ce sens que la procédure de fusion de trois communes au moins peut se poursuivre sans la commune s'y étant, par hypothèse, opposée. Une telle solution est cependant délicate à mettre en œuvre. En réalité, l'opposition d'une commune met bien souvent un terme au processus²¹. Reste ensuite ouverte la possibilité de lancer une nouvelle procédure avec les communes favorables à la fusion.

L'impulsion de la fusion n'est pas un critère décisif. Ainsi le canton peut-il parfaitement se trouver à l'origine d'un tel processus. Tant que chaque commune concernée peut *s'y opposer*, la procédure de fusion demeure volontaire. Parfois, le droit de ces cantons donne des pouvoirs

²⁰ Art. 1, al. 2, *a contrario*, LFusCom/VD.

²¹ Art. 134d, al. 2, de la loi fribourgeoise sur les communes, du 25 septembre 1980 (LCo/FR; RS/FR 140.1); art. 21, al. 4, du règlement neuchâtelois d'application de la loi sur le fonds d'aide aux communes, du 22 octobre 2003 (RALFAC/NE; RS/NE 172.410).

importants aux autorités cantonales. Ainsi, par exemple, le Conseil d'Etat vaudois peut obliger une ou plusieurs communes à soumettre le principe d'une fusion au corps électoral communal « lorsque la préservation de l'intérêt général d'une région ou d'une ou de plusieurs communes le justifie »²². Il ne s'agit cependant pas d'une forme de fusion contrainte, du fait que la décision appartient, en réalité, au corps électoral de chaque commune.

En somme, la fusion est volontaire lorsqu'elle nécessite, en fin de compte, l'accord des communes qui fusionnent. Celles-ci n'ont cependant pas le dernier mot. En effet, l'approbation d'un organe cantonal est, en principe, requise²³. A cet égard, les communes ne jouissent généralement pas *de jure* d'un droit à la fusion. Cela dit, l'expérience enseigne qu'une fusion approuvée par toutes les communes impliquées dans le processus reçoit, en principe, l'aval du canton.

b. L'ancrage dans le droit cantonal

Certaines constitutions cantonales – récentes pour la plupart – n'autorisent, s'agissant des communes politiques, que la *fusion volontaire* et excluent, par conséquent, toute fusion contrainte. Une telle solution découle de l'article 84, alinéa 1, de la Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005²⁴, de l'article 108, alinéa 3, de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993²⁵, de l'article 66, alinéa 1, 1^{ère} phrase, de la Constitution d'Uri du 28 octobre 1984²⁶, de l'article 84 de la Consti-

²² Art. 22, al. 1 LFusCom/VD.

²³ Voir *infra* III, A, 6.

²⁴ Cst./ZH; RS/ZH 101. Voir aussi le § 3, al. 1, de la loi zurichoise sur les communes du 6 juin 1926 (LCo/ZH; RS/ZH 131.1). Voir, en outre, JAAG (n. 10), p. 163, n° 2247. La fusion contrainte était, en revanche, possible avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution zurichoise (JAAG [n. 10], p. 163, n° 2246).

²⁵ Cst./BE; RS/BE 101.1. Voir aussi l'art. 4, al. 1 et 3, de la loi bernoise sur les communes du 16 mars 1998 (LCo/BE; RS/BE 170.11). Voir, en outre, URS BOLZ, in: WALTER KÄLIN / URS BOLZ (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne/Stuttgart/Vienne 1995, pp. 537-538, n° 5a ad art. 108; MARKUS MÜLLER, in: DANIEL ARN ET AL., *Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern*, Berne 1999, pp. 29 et 38, nos 3 et 26 ad art. 4.

²⁶ Cst./UR; RS/UR 1.1101.

tution du canton de Nidwald du 10 octobre 1965²⁷, de l'article 47, alinéa 1, de la Constitution du canton de Soleure du 8 juin 1986²⁸, du § 58, alinéa 2, de la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005²⁹, du § 46, alinéa 1, de la Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984³⁰, de l'article 104, alinéa 1, de la Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002³¹, du § 105, alinéa 1, de la Constitution du canton d'Argovie du 25 juin 1980³², de l'article 151, alinéa 4, de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003³³, de l'article 91, alinéa 3, de la Constitution du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000³⁴ et de l'article 144 de la Constitution du canton de Genève du 24 mai 1847³⁵. Une telle limitation se déduit également de diverses lois cantonales³⁶. Dans d'autres cantons, la fusion volontaire est permise

27 Cst./NW; RS/NW 111. Voir aussi l'art. 8, al. 1, de la loi nidwaldienne sur l'organisation et l'administration des communes, du 28 avril 1974 (LCo/NW; RS/NW 171.1).

28 Cst./SO; RS/SO 111.1. Voir aussi le § 190 LCo/SO.

29 Cst./BS; RS/BS 111.100.

30 Cst./BL; RS/BL 100.

31 Cst./SH; RS/SH 101.000.

32 Cst./AG; RS/AG 110.000.

33 Cst./VD; RS/VD 101.01. Voir JACQUES HALDY, « L'organisation territoriale et les communes », in: PIERRE MOOR (éd.), *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Berne 2004, pp. 291-310, 297-298.

34 Cst./NE; RS/NE 101. Voir aussi l'art. 5, al. 2, de la loi neuchâtoise sur les communes du 21 décembre 1964 (LCo/NE; RS/NE 171.1).

35 Cst./GE; RS/GE A 2 00. Art. 144 Cst./GE (révision du 26.11.2000, entrée en vigueur le 16.12.2000): « Les limites d'une commune ne peuvent être modifiées que par une loi, précédée d'une délibération acceptant cette modification adoptée par le Conseil municipal de la ou des communes concernées. » Sur cette disposition, voir *infra* II, B, 2, a et III, A, 1, a.

36 Voir, par exemple, le § 60, al. 1, *a contrario* de la loi lucernoise sur les communes du 4 mai 2004 (LCo/LU; RS/LU 150) à laquelle renvoie le § 94bis, al. 1, de la Constitution du canton de Lucerne du 29 janvier 1875 (Cst./LU; RS/LU 001); voir aussi le § 69, ch. 3, LCo/ZG.

La nouvelle Constitution du canton de Lucerne (nCst./LU), adoptée en votation populaire le 17 juin 2007 (cf. NZZ du 18 juin 2007, p. 11), permettra au Grand Conseil de décider d'une fusion de communes, à la demande de l'une d'elles (§ 74, al. 3, nCst./LU). Cette nouvelle Constitution entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (§ 88 nCst./LU).

par le droit cantonal³⁷, parallèlement à la fusion contrainte ou, à tout le moins, sans que celle-ci soit expressément exclue.

La procédure de fusion volontaire n'apparaît pas, formellement, dans la législation d'autres cantons encore³⁸. Dans ces derniers, la révision de la constitution cantonale demeure toutefois un moyen de fusionner des communes, ce d'autant plus que celle-ci contient une énumération constitutive des communes³⁹ et qu'elle est exposée à une révision en tout point et en tout temps⁴⁰. En faisant état de leur souhait de fusionner, des communes se trouveraient, en somme, *de facto* – si un organe compétent propose une révision constitutionnelle – ou *de jure* – si elles disposent du droit d'initiative en matière constitutionnelle – à l'origine d'une procédure de révision constitutionnelle. Rien n'empêcherait alors

³⁷ § 30, al. 4, de la Constitution du canton de Schwyz du 23 octobre 1898 (Cst./SZ; RS/SZ 100.000), norme se bornant à indiquer que la fusion de communes peut être effectuée par la voie législative (voir cependant *infra* III, A, 6); art. 118, al. 1, et 148, al. 2, de la Constitution du canton de Glaris du 1^{er} mai 1988 (Cst./GL; RS/GL I A/1/1) et art. 8, al. 1, de la loi glaronnaise sur les communes du 3 mai 1992 (LCo/GL; RS/GL II E/2); art. 135, al. 2 et 3, de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst./FR; RS/FR 10.1) et art. 133, al. 1 LCo/FR; art. 98, al. 1, let. a, de la Constitution du canton de St-Gall du 10 juin 2001 (Cst./SG; RS/SG 111.1) et 1 ss de la loi saint-galloise sur les fusions de communes du 22 février 2007 (*Gemeindevereinigungsgesetz*, LFCo/SG, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2007; RS/SG 151.3); art. 87 ss de la loi grisonne sur les communes du 28 avril 1974 (LCo/GR; RS/GR 175.050), auxquels renvoie l'art. 63 de la Constitution du canton des Grisons du 14 septembre 2003 (Cst./GR; RS/GR 110.100); § 58, al. 2, de la Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987 (Cst./TG; RS/TG 101); art. 20, al. 1 de la Constitution du canton du Tessin du 14 décembre 1997 (Cst./TI; RS/TI 1.1.1.1); art. 129 ss de la loi valaisanne sur les communes du 5 février 2004 (LCo/VS; RS/VS 175.1); art. 112, al. 1-2, de la Constitution du canton du Jura du 20 mars 1977 (Cst./JU; RS/JU 101).

³⁸ Le droit des cantons d'Obwald, d'Appenzell Rhodes-Extérieures ou d'Appenzell Rhodes-Intérieures, par exemple, ne traite pas de la fusion volontaire de communes.

Par l'art. 82, al. 2, de la Constitution d'Obwald, du 19 mai 1968 (Cst./OW; RS/OW 101), le canton garantit l'existence et l'autonomie des communes. La Constitution cantonale et le reste du droit cantonal n'habilitent aucune autorité à contraindre une commune à fusionner.

³⁹ Art. 2, al. 1, Cst./OW; art. 2 de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995 (Cst./AR; RS/AR 111.1); art. 15, al. 1, de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures du 24 novembre 1872 (Cst./AI; RS/AI 101.000). Pour le surplus, voir *infra* III, A, 6.

⁴⁰ Voir *infra* II, A, 4, c.

les autorités cantonales d'interrompre celle-ci si l'une des communes changeait d'avis⁴¹. La procédure se poursuivrait ensuite sans cette commune, celle-ci n'étant plus englobée dans la fusion.

Enfin, signalons que le droit cantonal charge souvent, depuis quelques années, les autorités cantonales d'encourager et de favoriser les fusions de communes entre elles⁴². Cet encouragement se traduit notamment, dans plusieurs cantons, par des aides financières à la fusion de communes⁴³.

4. *La fusion contrainte*

a. La notion

La fusion *contrainte* est imposée par *le canton* à une ou plusieurs communes qui s'y opposent. L'article 50 de la Constitution fédérale n'interdit pas cette forme de fusion⁴⁴. La Charte est plus délicate à appréhender. Son article 5 prévoit que « [p]our toute modification des limites territoriales locales, les collectivités locales doivent être consultées préalablement, éventuellement par voie de référendum là où la loi le permet ». Le rapport explicatif sur la Charte indique cependant clairement que cette disposition ne confère aucun droit de veto aux collectivités locales⁴⁵. Le

41 Sur la question de l'exigence d'une base constitutionnelle ou légale lors d'une fusion volontaire, voir *infra* III, A, 1.

42 Art. 84, al. 5, Cst./ZH; art. 4, al. 4, LCo/BE; art. 118, al. 3, Cst./GL et 9, al. 3, LCo/GL; art. 135, al. 1, Cst./FR et 133, al. 2, LCo/FR; art. 104, al. 2, Cst./SH; art. 99, al. 1, Cst./SG; art. 64 Cst./GR et 93 LCo/GR; § 108, al. 1, 2^{ème} phrase, Cst./AG; art. 20, al. 2, Cst./TI et 2 de la loi tessinoise sur les fusions et scissions de communes du 16 décembre 2003 (LFSCo/TI; RS/TI 2.1.4.3), qui contient une liste non exhaustive de motifs justifiant l'encouragement de fusions; art. 129 LCo/VS; art. 91, al. 2, Cst./NE; art. 112, al. 2, Cst./JU, 69a de la loi jurassienne sur les communes du 9 novembre 1978 (LCo/JU; RS/JU 190.11), et 1 DFCo/JU.

43 Voir *infra* V, A.

44 TF (18.04.2006) 1P.242/2000, *Comunità di Aquila*, consid. 3.4 (des extraits de cet arrêt, ne comprenant cependant pas le consid. 3.4, sont publiés in: RtiD II-2006 3-6); TF (18.04.2006) 1P.265/2005, *Comune di Bignasco*, consid. 2.6 (des extraits de cet arrêt, ne comprenant cependant pas le consid. 2.6, sont publiés in: RtiD II-2006 17-23); RDAF I-2001 3, 7-9 (TF, 12.03.2001) *Flavio Lepori* et *Comune di Sala Capriasca*.

45 Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur la Charte*, Strasbourg 1985, p. 6: « Si, dans la plupart des pays, il est considéré comme irréaliste de s'attendre à ce que la communauté locale ait un droit de veto à l'égard de telles modifications, sa consultation préalable, directe ou indirecte, est indispensable. ». Voir aussi STÉPHANE GRODECKI, note de jurisprudence, in: RDAF 2006, p. 470.

Message du Conseil fédéral participe de la même approche⁴⁶. Ainsi la Charte ne forme-t-elle pas un obstacle à une procédure de fusion contrainte.

Si un canton peut recourir à l'institution de la fusion contrainte, il ne saurait le faire de manière inconditionnelle. La fusion contrainte est, en effet, *encadrée* par le droit cantonal et suppose notamment que soient respectés les principes généraux de l'activité étatique⁴⁷. Ainsi doit-elle, en particulier, reposer sur une base constitutionnelle ou légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité⁴⁸. En somme, des intérêts communaux, régionaux ou cantonaux la sous-tendent nécessairement⁴⁹.

b. Les motifs

Trois catégories principales de motifs sont généralement susceptibles de légitimer une fusion contrainte. Ces motifs s'appliquent, en principe, de manière alternative, sous la réserve qui suit.

Premièrement, l'obligation de fusionner peut viser la situation d'une ou de plusieurs communes dont *la pérennité financière* est en danger⁵⁰. Une fusion contrainte se justifie tout particulièrement lorsque l'opposition vient, paradoxalement, de la commune présentant des difficultés financières. Cela dit, une commune saine financièrement peut aussi se voir contrainte de fusionner avec des communes qui ne le sont pas⁵¹. Dans un tel cas, ce motif devrait, idéalement, être couplé à celui qui suit⁵². Par

⁴⁶ Message du Conseil fédéral relatif à la Charte sociale européenne de l'autonomie locale, du 19 décembre 2003: FF 2004 71, 85.

⁴⁷ Art. 5 Cst.

⁴⁸ Voir ZAHNER (n. 3), pp. 117-121. A propos de l'exigence d'une base légale ou constitutionnelle, voir *infra* III, B, 1.

⁴⁹ Art. 135, al. 4, 1^{ère} phrase, Cst./FR: « Lorsque les intérêts communaux, régionaux ou cantonaux l'exigent, l'Etat peut ordonner une fusion. »

⁵⁰ Art. 94, al. 1, let. a, LCo/GR; art. 9, let. a, LFSCo/TI; art. 135, let. a, LCo/VS.

⁵¹ RDAT I-2001 3, 12 (TF, 12.03.2001) *Flavio Lepori* et *Comune di Sala Capriasca*, dans lequel le TF évoque la « solidarité intercommunale » en se référant au rapport de fusion du Conseil d'Etat concernant la fusion de plusieurs communes tessinoises, imposée à l'une d'entre elles (*Sala Capriasca*).

⁵² Voir RDAT I-2001 3, 13 (TF, 12.03.2001) *Flavio Lepori* et *Comune di Sala Capriasca*. Dans cette affaire, une autre commune (*Lugaggia*) s'était également op-

ailleurs, des aides financières provenant du canton corrigent généralement, en tout ou partie, les inconvénients que présente la fusion pour la ou les communes saines⁵³.

Deuxièmement, la fusion peut être imposée à *une commune récalcitrante* lorsqu'elle a été acceptée par les autres communes concernées⁵⁴ ou par une majorité, voire la moitié de celles-ci seulement, et que la commune récalcitrante est indispensable à la nouvelle entité⁵⁵. Au Tessin, une commune s'opposant à une fusion peut y être contrainte pour des motifs d'ordre géographique, démographique ou encore économique⁵⁶. Dans le même ordre d'idées, le § 74, alinéa 3, de la nouvelle Constitution du canton de Lucerne, adoptée le 17 juin 2007, permettra au Grand Conseil de décider d'une fusion de communes, à la demande de l'une d'elles, si une exécution efficace et économique des tâches publiques l'exige. La Constitution glaronnaise prévoit, pour sa part, un régime très libéral, puisqu'en cas d'opposition d'une ou de plusieurs communes à une fusion, la ou les communes concernées ou encore le parlement cantonal (*Landrat*) peuvent demander à la *Landsgemeinde* de décider de la fusion⁵⁷. La *Landsgemeinde* est l'organe suprême du

posée à la fusion. Elle n'a finalement pas été contrainte de fusionner car elle ne se trouvait pas – géographiquement, démographiquement, etc. – dans la même situation que la commune de *Sala Capriasca*.

- 53 RDAT I-2001 3, 12 (TF, 12.03.2001) *Flavio Lepori et Comune di Sala Capriasca*.
- 54 Art. 135, let. b, LCo/VS. Voir ATF 131/2005 I 91, 97-99, *Munizipalgemeinde Ausserbinn*.
- 55 Art. 94, al. 1, let. b, LCo/GR (majorité des communes). Voir aussi le § 58, al. 4, Cst./TG qui autorise la fusion contrainte si la moitié des communes concernées l'a approuvée et qu'elle répond à des motifs valables (« Aus triftigen Gründen ») qui justifient nettement une fusion (voir ZAHNER [n. 3], p. 128 et la doctrine citée).
- 56 Art. 9, let. b, LFSCo/TI. Voir TF (18.04.2006) 1P.242/2000, *Comunità di Aquila*, consid. 3.5 (des extraits de cet arrêt, ne comprenant cependant pas le consid. 3.5, sont publiés in: RtiD II-2006 3-6); RtiD II-2006, 17, 18-23 (TF, 18.04.2006) *Comune di Bignasco*. A noter que, dans ce dernier arrêt, les autorités cantonales tessinoises s'étaient également basées sur des considérations liées à la pérennité financière des communes concernées par la fusion litigieuse (cf. consid. 4.1-4.4).
- 57 Art. 118, al. 2, Cst./GL. La loi glaronnaise sur les communes semble plus restrictive s'agissant de la fusion de communes politiques (art. 9, al. 2, LCo/GL). Cependant, l'expérience montre que la *Landsgemeinde* est bel et bien compétente pour décider de la fusion de communes, sans que l'accord de celles-ci soit requis (pour un exemple, cf. désormais l'art. 148, al. 1, Cst./GL; pour le surplus, voir *infra* III, B, 3, d).

canton⁵⁸, si bien que, dans l'esprit du droit glaronnais, elle est légitimée à modifier la structure intracantonale.

Troisièmement, la fusion contrainte peut viser une commune qui n'est plus en mesure d'assurer *le bon fonctionnement* de ses institutions⁵⁹. Cette hypothèse concerne, tout spécialement, les petites communes qui peinent à trouver des personnes prêtes à siéger dans leurs organes.

c. L'exhaustivité de la liste des motifs

Les normes grisonne⁶⁰ et valaisanne⁶¹ paraissent énumérer de façon *exhaustive* les motifs de fusion contrainte, contrairement à la norme tessinoise⁶². Une fusion contrainte reposant sur un motif non énuméré dans la législation cantonale tessinoise pose un sérieux problème du point de vue de la légalité. Pour être admissible, une telle fusion devrait, à notre sens, être précédée d'une révision formelle de la loi cantonale. Le principe de la légalité y trouverait ainsi son compte, pour autant que la loi cantonale soit révisée selon la procédure ordinaire – avec, le cas échéant, une procédure de consultation – et que la nouvelle règle revête un caractère général et abstrait afin de respecter le principe d'égalité⁶³.

d. La mutabilité du droit cantonal

Dans les cantons ne connaissant que la fusion volontaire, la fusion contrainte peut parfaitement être introduite en droit cantonal par le biais d'une révision de la constitution cantonale ou d'une loi cantonale, selon la source de l'interdiction de la contrainte. Les cantons ne sont pas autorisés à rendre intangibles certaines dispositions de leur constitution cantonale, compte tenu de l'article 51, alinéa 1, 2^{ème} phrase, Cst. féd.⁶⁴. L'ab-

⁵⁸ Art. 61, 2^{ème} phrase, Cst./GL.

⁵⁹ Art. 94, al. 1, let. a, LCo/GR; art. 9, let. c, LFSCo/TI; art. 135, let. c, LCo/VS.

⁶⁰ Art. 94, al. 1, LCo/GR.

⁶¹ La compétence octroyée au Grand Conseil doit viser « l'une des hypothèses » mentionnées à l'art. 135 LCo/VS.

⁶² Emploi des termes « in particolare » avant l'énumération de l'art. 9 LFSCo/TI.

⁶³ Comp. ZAHNER (n. 3), pp. 113-114.

⁶⁴ Sur l'interdiction des limites autonomes supérieures dans le droit constitutionnel cantonal, voir spécialement VINCENT MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, thèse Genève, Genève/Bâle/Munich 1999, pp. 94-95 et les références.

sence de toute limite autonome supérieure en droit constitutionnel cantonal signifie que le peuple cantonal demeure, en tout temps, légitimé à introduire la procédure de fusion contrainte en droit cantonal. De surcroît, la voie de la révision constitutionnelle peut aussi être empruntée pour fusionner des communes⁶⁵.

5. *La fusion de communes de cantons différents*

La fusion de communes de cantons différents n'est pas uniquement régie par le droit cantonal, puisqu'elle tombe sous le coup de l'article 53, alinéa 3, de la Constitution fédérale. La structure fédérale de l'Etat exclut, en effet, que les cantons procèdent seuls à des modifications territoriales, car celles-ci peuvent, selon les circonstances, « remettre en cause l'équilibre interne de la Confédération »⁶⁶. Sont néanmoins réservées les rectifications de frontières⁶⁷.

Une telle fusion se traduit nécessairement – quelles qu'en soient les modalités – par *la modification du territoire* de deux cantons, du fait qu'une commune ne peut pas appartenir simultanément à deux cantons. Aussi, conformément à l'article 53, alinéa 3, de la Constitution fédérale, le corps électoral de chacune des communes appelées à fusionner et les cantons concernés doivent-ils approuver une telle fusion. Le § 74, alinéa 4, de la nouvelle Constitution du canton de Lucerne, adoptée le 17 juin 2007, exprime aussi cette règle à l'endroit des communes lucernoises et du canton. Une votation populaire au niveau cantonal n'est pas prescrite par la Constitution fédérale⁶⁸. La modification nécessite, enfin, l'approbation de l'Assemblée fédérale sous la forme d'un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif⁶⁹.

⁶⁵ Voir *infra* III, B, 1 et III, B, 3, d.

⁶⁶ ATF 118/1992 Ia 195, 205 *Canton de Berne*.

⁶⁷ Art. 53, al. 4, Cst.

⁶⁸ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 451, n° 14 ad Art. 53.

⁶⁹ Art. 53, al. 3 *in fine*, 141, al. 1, let. c, et 163, al. 2 *a contrario*, Cst.

B. La fusion de communes avec le canton

En l'état du droit constitutionnel fédéral, une commune ne saurait absorber un canton, si bien que seule l'absorption d'une ou plusieurs communes *par le canton* auquel elles appartiennent est concevable. En effet, l'énumération des cantons figurant à l'article 1^{er} de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 est de nature constitutive⁷⁰. Aussi seule une révision de grande ampleur de la Constitution fédérale permettrait-elle de remplacer un canton par une commune. L'hypothèse est cependant purement académique et ne présente aucun intérêt pratique.

Aucun canton ne comprend, aujourd'hui, un territoire exclusivement cantonal. Le canton de Bâle-Ville se distingue néanmoins des autres cantons du fait que la ville est administrée par le canton⁷¹. Cependant, la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005⁷², indique clairement que celui-ci « se compose de la commune municipale de Bâle et des communes municipales de Bettingen et de Riehen »⁷³. La Ville de Bâle ne constitue dès lors pas, formellement à tout le moins, un territoire exclusivement cantonal. Elle s'en rapproche toutefois de fait.

Ici aussi, *une double grille d'analyse* se justifie. En premier lieu, il s'agit de distinguer l'absorption de toutes les communes d'un canton par celui-ci (1) de l'absorption d'une ou plusieurs communes seulement (2). En second lieu, le régime juridique de l'absorption volontaire (3) diffère de celui de l'absorption contrainte (4).

1. L'absorption de toutes les communes

a. La problématique

L'absorption de toutes les communes d'un canton par celui-ci revient à faire disparaître *l'institution de la commune* de son territoire. Il s'agit d'un changement structurel fondamental dont on peine à imaginer qu'il puisse s'opérer sans *révision de la constitution cantonale*. Au reste, on

⁷⁰ Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: AUBERT/MAHON (n. 68), p. 13, n° 6 ad Art. 1^{er}.

⁷¹ § 57, al. 2, Cst./BS.

⁷² RS/BS 111.100. Traduction française: FF 2006 4875.

⁷³ § 57, al. 1, Cst./BS.

observera d'emblée qu'aucune constitution cantonale ne contient de base constitutionnelle permettant une telle absorption. Du moment qu'une constitution cantonale contient des dispositions sur les communes, elle doit inmanquablement être révisée si l'institution de la commune est appelée à disparaître. Si la constitution cantonale ne traitait en aucune manière des communes⁷⁴, en raison de leur importance très réduite dans le canton, une telle absorption pourrait – il est vrai – reposer sur une loi cantonale formelle. A l'heure actuelle, aucune constitution cantonale ne se désintéresse complètement des communes. Une révision constitutionnelle est dès lors requise dans tous les cantons. Reste à déterminer si *le droit supérieur* proscrit une telle absorption.

b. L'article 50 de la Constitution fédérale

L'article 50 de *la Constitution fédérale* comporte une certaine ambiguïté à ce sujet. En indiquant, à son alinéa 1^{er}, que « [l']autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal », il laisse entendre que cette autonomie est nécessairement garantie dans chaque canton, son étendue variant cependant d'un canton à l'autre.

Cet article a donné lieu à des débats très nourris aux Chambres fédérales⁷⁵. Certains propos tenus en plénum ont suscité des craintes de la part des cantons⁷⁶. Le Conseil des Etats a finalement accepté la formulation actuelle de l'article 50, alinéa 1, de la Constitution fédérale sur la base d'interventions très claires aux termes desquelles cette disposition

⁷⁴ Sur le contenu minimal d'une constitution cantonale, voir MARTENET (n. 64), p. 111 et les références, où nous soutenons qu'une constitution cantonale peut, du point de vue du droit supérieur, ne contenir « aucune disposition sur la structure interne du canton, sur la division du territoire cantonal en districts, cercles ou communes ».

⁷⁵ BO/CE 1998 62-66, 69-70, 167-168 et 211-214 (édition spéciale relative à la révision totale de la Constitution fédérale); BO/CN 1998 255-258, 439-443 et 471-472 (édition spéciale).

⁷⁶ Voir notamment BO/CN 1998 258 (édition spéciale / JOSEPH DEISS, rapporteur): « Les communes ne seront d'ailleurs, même aux termes de cette formulation, pas autonomes totalement, mais uniquement dans la limite où les cantons le définiront. *Mais il reste qu'une certaine autonomie ne saurait leur être discutée ou refusée par les cantons.* » (nous mettons en évidence).

ne restreint pas l'autonomie des cantons quant à leur structure interne⁷⁷. Au reste, une éventuelle interdiction fédérale faite aux cantons de supprimer l'échelon communal porterait une atteinte substantielle à leur autonomie constitutionnelle. Aussi devrait-elle résulter d'une norme fédérale claire. Or tel n'est pas le cas de l'article 50 de la Constitution fédérale, lequel n'impose dès lors pas à chaque canton de compter des communes⁷⁸.

77 BO/CE 1998 211-212 (édition spéciale / RENÉ RHINOW, rapporteur): « In Absatz 1 ist die Formulierung, die Gemeindeautonomie sei nach Massgabe des kantonalen Rechtes gewährleistet, für uns mit dem gleichen Inhalt versehen wie die ursprüngliche Formulierung, die Kantone würden die Organisation der Gemeinden und deren Autonomie bestimmen. Denn es sind nach wie vor die Kantone, welche über die Gemeindeautonomie entscheiden, neu aber – das ist ein Vorteil für die Kantone – gewährleistet die Bundesverfassung genau diese Autonomie der Kantone bezüglich der Gemeindeautonomie. Darin kann kein substantielles Abrücken von der kantonalen Zuständigkeit erblickt werden, wie das zum Teil gesagt worden ist. Auch künftig werden die diesbezüglichen Unterschiede, etwa zwischen der Stadt Basel und den Verhältnissen in den Gemeinden Graubündens, bestehenbleiben und nicht durch die Verfassungsrevision eingegebenet. »

BO/CE 1998 213 (édition spéciale / ARNOLD KOLLER, Conseiller fédéral): « Wir wollen hier keine Neuerung einführen, sondern es ist festzuhalten, dass nach geltendem Recht und auch nach der neuen Formulierung des Nationalrates die Kantone darüber entscheiden, *ob und in welchem Umfang* den Gemeinden Autonomie eingeräumt wird. Der Bund gewährt den Gemeinden nur im Bereich der kantonal eingeräumten Gemeindeautonomie Rechtsschutz. Das ist auch nach der Fassung des Nationalrates eindeutig der Fall und soll hier zuhanden der Materialien und zur Beruhigung der KdK [Konferenz der Kantonsregierungen] festgehalten werden. » (nous mettons en évidence).

78 Voir, à propos de Bâle-Ville, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: AUBERT/MAHON (n. 68), p. 430, n° 6 ad Art. 50: « A notre avis, Bâle-Ville pourrait réunir ses trois communes et n'avoir plus qu'une commune qui se confondrait avec le canton; l'art. 50 [al. 1] n'a pas été fait pour l'en empêcher. »

Dans le même sens, PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, p. 244, n° 3; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 2006, p. 81, n° 233; voir déjà DANIEL THÜRER, *Bund und Gemeinden*, thèse d'habilitation Zurich, Berlin et al. 1986, p. 301; voir aussi, pour une approche teintée de circonspection, REGULA KÄGI-DIENER, in: BERNHARD EHRENZELLER / PHILIPPE MASTRONARDI / RAINER J. SCHWEIZER / KLAUS A. VALLENDER (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Zurich/Bâle/Genève/Lachen 2002, p. 616, n° 5 ad Art. 50.

c. La Charte européenne de l'autonomie locale

ca. La problématique

La Charte, quant à elle, suppose « l'existence de collectivités locales dotées d'organes de décision démocratiquement constitués et bénéficiant d'une large autonomie quant aux compétences, aux modalités d'exercice de ces dernières et aux moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission »⁷⁹. Elle contraint les Etats parties à garantir « le principe de l'autonomie locale »⁸⁰. La Charte s'oppose sans doute à la disparition des communes de l'ensemble du territoire suisse. Contraint-elle pour autant chaque canton à comprendre des communes? Cette question mérite un examen approfondi. Essayons, dans un premier temps, de recenser divers éléments de réponse, avant de trancher.

cb. Les arguments pour le maintien obligatoire de l'échelon communal dans un canton

Plusieurs éléments de fait ou de droit sont plutôt de nature à empêcher un canton de supprimer l'échelon communal. La Suisse a déclaré qu'« [a]ux termes de son art. 13, la Charte s'applique en Suisse aux communes politiques (‹Einwohnergemeinde› / ‹comuni politici›) »⁸¹. Ce faisant, elle voulait soustraire les cantons à l'application de la Charte⁸². Cette déclaration laisse ainsi entendre que l'autonomie locale, au sens de la Charte, équivaut nécessairement, en Suisse, à l'autonomie *communale*. Dans cette optique, la disparition de l'échelon communal dans un canton reviendrait à supprimer l'autonomie locale – telle qu'entendue par la Suisse au regard de la Charte – sur une partie du territoire suisse. La Charte ne paraît pas tolérer une telle « zone franche », en l'absence de toute déclaration ou réserve idoine. Or la Suisse n'a émis *aucune réserve* ou *déclaration interprétative* tendant à préserver la liberté d'un

79 Préambule de la Charte *in fine*.

80 Art. 2.

81 RS 0.102 *in fine*.

82 FF 2004 89: « Il n'est en effet pas concevable d'appliquer aux cantons des principes énoncés dans le cadre d'une Charte qui veut renforcer les institutions qui leur sont directement subordonnées. D'entente avec les cantons, le Conseil fédéral propose donc d'émettre une déclaration précisant que la Charte s'applique, en Suisse, aux seules communes politiques... »

canton de fusionner avec toutes ses communes. Cet argument revêt un poids important.

Par ailleurs, les cantons sont, au même titre que la Confédération, les *destinataires des obligations* découlant de la Charte⁸³. Aussi sont-ils tenus de garantir l'autonomie locale en leur sein. Aucun canton n'est dispensé de respecter la Charte.

cc. Les arguments en faveur d'une solution permissive

D'autres éléments de fait ou de droit conduisent plutôt, à l'inverse, à permettre à un canton de fusionner avec toutes ses communes. La Charte ne s'inscrit pas dans une conception *essentialiste* de l'autonomie locale. Les Britanniques ont insisté sur ce point lors de l'élaboration de la Charte. Ce n'est pas le maintien des collectivités locales existantes qui est garanti, mais l'existence d'un pouvoir substantiel au niveau local ainsi que la prise en compte des intérêts de la population locale⁸⁴. Du reste, en anglais, la Charte s'intitule « European Charter of Local Self-Government ». La Charte fait, d'ailleurs, grand cas du « droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques », lequel fait partie « des principes démocratiques communs à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe »⁸⁵. En Suisse, ce droit est très vivace au niveau cantonal également, en particulier dans les petits cantons.

La Charte dénote, en outre, une conception nettement *positiviste* de l'autonomie locale. Ainsi les renvois de la Charte au droit des Etats parties sont-ils très nombreux⁸⁶, pour ne pas dire incessants. En d'autres

⁸³ FF 2004 80: « Si le contenu de l'autonomie locale est certes défini par le droit cantonal, une fois la Charte entrée en vigueur pour la Suisse, ses dispositions auront force obligatoire et s'appliqueront à tous les organes étatiques, cantonaux et fédéraux. »

⁸⁴ Art. 3 § 1 de la Charte: « Par autonomie locale, on entend le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques. »

Sur cette notion et les conséquences qui en découlent, voir NICOLAS LEVRAT, *L'Europe et ses collectivités territoriales – Réflexions sur l'organisation et l'exercice du pouvoir territorial dans un monde globalisé*, Bruxelles et al. 2005, pp. 70-84.

⁸⁵ 4^{ème} paragraphe du Préambule de la Charte. Voir aussi l'art. 3 de celle-ci.

⁸⁶ Voir, par exemple, l'art. 2 de la Charte: « Le principe de l'autonomie locale doit être reconnu dans la législation interne et, autant que possible, dans la Constitution. »

termes, le constituant et le législateur d'un Etat ou d'une collectivité fédérée sont habilités à définir les contours de l'autonomie locale⁸⁷.

La Charte est, au reste, relativement souple⁸⁸ et permet, notamment, aux Etats de prendre en compte des exigences d'efficacité et d'économie⁸⁹. La Charte ne s'oppose pas, en d'autres termes, à une certaine forme de *rationalisation*. Le système de « l'engagement à la carte »⁹⁰ confirme la souplesse de l'instrument. Celle-ci se traduit également par la liberté laissée à chaque Etat de « désigner les catégories de collectivités locales ou régionales auxquelles [il] entend limiter le champ d'application ou qu'[il] entend exclure du champ d'application de la présente Charte »⁹¹. Certes, la Suisse ne s'est pas fondée sur cette disposition pour réserver l'hypothèse de la fusion d'un canton avec ses communes. Elle a cependant limité l'application de la Charte aux seules communes politiques⁹². En cas de disparition de l'échelon communal dans un canton, la Charte s'appliquerait, *par substitution*, à celui-ci. En d'autres termes, le canton concerné remplacerait ses défunctes communes au regard de la Charte. Cela reviendrait certes, en pratique, à adapter quelque peu la déclaration de la Suisse. Toutefois, ce corollaire se justifie car il permet ainsi d'éviter que la Suisse compte des zones de non-application de la Charte. En somme, la déclaration émise par la Confédération sur la base de l'article 13 de la Charte demeure inopérante en cas de fusion entre un canton et ses communes. Ou plus exactement, elle prend une signification nouvelle, en ce sens que la Charte s'applique désormais au canton

87 Encore plus affirmatif en ce sens, STÉPHANE GRODECKI (n. 45): « Cet instrument international ne devrait dès lors pas avoir une portée plus étendue que l'article 50, al. 1, Cst., qui garantit l'autonomie communale *dans les limites fixées par la loi*. L'étendue exacte de l'autonomie communale devrait donc rester de la compétence des cantons. »

88 Rapport explicatif précité (n. 45), pp. 1-2: « La souplesse indispensable pour tenir compte des différences entre les dispositions constitutionnelles et les traditions administratives nationales devait être introduite, non pas en diluant de manière excessive les conditions imposées par le nouvel instrument, mais en laissant aux gouvernements une certaine latitude à l'égard des dispositions par lesquelles ils se considéraient liés. »

89 Voir, par exemple, l'art. 3, § 3, 2^{ème} phrase, de la Charte.

90 Art. 12 de la Charte.

91 Art. 13, 2^{ème} phrase, de la Charte.

92 RS 0.102 *in fine*.

concerné et doit dorénavant être respectée, réalisée au moins au niveau de celui-ci⁹³. Autrement dit, la Confédération ne saurait se retrancher derrière sa déclaration pour éviter une telle conséquence.

Les Etats parties à la Charte sont structurés de différentes manières. La structure interne d'un Etat unitaire diffère considérablement de celle d'un Etat fédéral. La Suisse comporte plusieurs cantons peu peuplés ou divisés en un nombre très réduit de communes. Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures comptait, au 31 décembre 2005, 15 220 habitants, soit la taille d'une petite ville à l'échelon européen et même suisse. Le canton de Bâle est divisé en trois communes, dont la plus grande est d'ores et déjà administrée par le canton⁹⁴. Au demeurant, lors de la signature, puis de la ratification de la Charte par la Suisse, la Ville de Bâle n'était pas, à proprement parler, considérée comme une commune politique⁹⁵. Cela n'a soulevé aucune objection de la part du Conseil de l'Europe. Désormais, elle est, formellement, élevée au rang de commune⁹⁶. A terme, le canton de Glaris ne comptera plus que trois communes⁹⁷, sauf nouvelle révision constitutionnelle ! Force est d'admettre que, dans ces trois cas, la démocratie resterait fortement *locale* en cas de fusion entre le canton et les communes. La collectivité subsistant après la fusion – le canton – resterait proche du citoyen et continuerait à lui donner « la possibilité de participer effectivement à la prise des décisions qui concernent son environnement quotidien »⁹⁸. En d'autres termes, l'autonomie locale ne serait pas anéantie au profit de l'échelon

⁹³ Au demeurant, il ne serait pas exclu que la Suisse fasse une déclaration selon laquelle la Charte s'appliquerait désormais à tel canton ayant fusionné avec ses communes. En vertu de la 3^{ème} phrase de l'art. 13 de la Charte, un Etat partie « peut également inclure d'autres catégories de collectivités locales ou régionales dans le champ d'application de la Charte par voie de notification ultérieure au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ». Les termes de « collectivités régionales » peuvent aussi viser les collectivités fédérées (Rapport explicatif précité [n. 45], p. 10). Une telle notification ultérieure ne reviendrait pas à soustraire les communes politiques du champ d'application de la Charte. La déclaration initiale de la Suisse resterait valable dans les autres cantons.

⁹⁴ § 57, al. 2, Cst./BS. Voir *supra* II, B *in initio*.

⁹⁵ DENISE BUSER, *Kantonales Staatsrecht – Eine Einführung für Studium und Praxis*, Bâle/Genève/Munich 2004, pp. 178-179, n^{os} 489-493.

⁹⁶ § 57, al. 1, Cst./BS.

⁹⁷ Art. 148, al. 1, Cst./GL. Voir *infra* III, B, 3, d.

⁹⁸ Rapport explicatif précité (n. 45), p. 2.

national ou fédéral⁹⁹. L'esprit de la Charte serait ainsi préservé¹⁰⁰. *Un petit Etat fédéral* comme la Suisse se trouve dans une situation particulière – dont il faut tenir compte – du fait que certains cantons sont de petite dimension, composés de peu de communes et/ou peu peuplés.

Interdire à un canton d'absorber ses communes entraverait considérablement son autonomie, sans que la justification d'une telle interdiction saute aux yeux. Une interdiction de cette nature supposerait une norme claire en droit supérieur. Or la Charte en est dépourvue sur ce point particulier. Le message du Conseil fédéral ne contient aucune indication en vertu de laquelle la Charte interdirait une fusion entre un canton et ses communes. Le Conseil fédéral se devait de fournir une telle indication si elle avait correspondu à son interprétation de la Charte ou si la question s'était posée lors des négociations en vue de l'adhésion de la Suisse à la Charte. Aucun parlementaire n'est intervenu, lors des délibérations sur l'approbation de la Charte, pour évoquer cette question¹⁰¹. Certes, *le silence* du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale n'est aucunement décisif. Il peut néanmoins constituer un indice indiquant que la Charte n'a pas été interprétée comme recelant une telle interdiction. En

⁹⁹ Il s'agit d'un des grands soucis à la base de la Charte, alors que l'absorption de collectivités locales par des collectivités fédérées n'apparaît pas comme une préoccupation majeure sous-tendant la Charte. En effet, seule la relation entre le niveau national ou fédéral et le niveau local est nettement sous-jacente aux réflexions sur la Charte. Voir GIOVANNI DI STASI, alors Président du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, in: *La Charte européenne de l'autonomie locale – 20^{ème} anniversaire*, Strasbourg 2006, p. 16: « Le premier objectif de la Charte est d'apporter aux Etats membres un fonds commun de valeurs partagées en matière de démocratie locale, auquel tous les gouvernements *nationaux* et tous les pouvoirs *locaux* puissent se référer pour construire ou réformer leurs institutions. » (nous mettons en évidence); voir aussi, dans le même ouvrage, PHILIP BLAIR, Directeur de la Coopération pour la démocratie locale et régionale, Conseil de l'Europe, p. 37: « [L'autonomie locale] exige du *pouvoir central* quelque chose qui est quasiment contre nature: une volonté, pour toute une série de questions, de reculer pour laisser les autres assumer la responsabilité, même si ce qu'ils font va à l'encontre des préférences politiques du gouvernement. » (nous mettons en évidence).

¹⁰⁰ Sur l'esprit de la Charte, voir LEVRAT (n. 84), p. 71: « Cette Convention ayant été élaborée principalement pour garantir l'existence effective d'une autonomie locale face à de possibles atteintes d'un Etat centralisateur, plusieurs de ses dispositions visent à offrir aux collectivités les moyens de s'assurer que leur autonomie ne sera pas réduite par des interventions abusives de l'Etat. »

¹⁰¹ Voir BO/CN 2004 937-946 et 2094; BO/CE 2004 628-639.

Allemagne, les villes de Hambourg et de Berlin forment, chacune, un Land¹⁰² et, en même temps, une seule commune politique (*Einheitsgemeinde*). Elles ne sont divisées qu'en arrondissements administratifs (*Bezirke*). Cela n'a pas empêché l'Allemagne de ratifier la Charte, sans faire la moindre déclaration ou réserve à propos de ces deux villes. Elle s'est contentée de déclarer¹⁰³ que le champ d'application de la Charte est limité aux communes (*Gemeinden*) et districts (*Kreise*), avec une règle particulière pour le Land de Rhénanie-Palatinat¹⁰⁴. Cela confirme qu'une union entre une collectivité fédérée et une ou plusieurs communes n'est pas proscrite par la Charte, pour autant que la démocratie reste suffisamment locale. En d'autres termes, l'autonomie locale peut être réalisée au niveau d'une collectivité fédérée.

Enfin, en raisonnant par l'absurde, un canton ne pourrait comprendre qu'une seule commune ou deux cantons pourraient fusionner, puis se diviser en deux communes ! Dans ces deux cas, la Charte serait formellement respectée, tandis qu'elle serait violée par une fusion entre un canton et ses communes. Du point de vue des citoyens cependant, le dernier échelon étatique correspondrait au même territoire dans ces trois hypothèses !

cd. Synthèse

Il convient maintenant de soupeser ces différents éléments. A notre sens, l'absorption de toutes les communes d'un canton par celui-ci demeure compatible avec la Charte, en tout cas lorsqu'elle est justifiée *par des motifs sérieux et objectifs*, notamment liés au fonctionnement des institutions, à la qualité du service public et à la santé financière des collectivités concernées. Cela suppose évidemment que cette fusion se déroule

¹⁰² Le Land de Brême comprend, quant à lui, deux villes, celle de Brême et celle de Bremerhaven.

¹⁰³ Déclaration reposant sur l'art. 13 de la Charte.

¹⁰⁴ Voir le site internet suivant : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=122&CM=1&DF=4/12/2007&CL=FRE&VL=0>. Certes, cette déclaration signifie que la Charte s'applique aussi aux Villes de Hambourg et de Berlin car elles sont non seulement des Länder, mais aussi des communes politiques. En Suisse cependant, si le canton de Bâle fusionnait avec ses communes, il aurait une double nature, celle de canton-ville précisément. C'est au niveau de cette entité que devraient désormais être respectées et réalisées les exigences de la Charte (voir ci-dessus).

de manière conforme à la Charte, notamment à son article 5, que la démocratie reste locale (si bien que sont surtout visés les cantons peu peuplés ou comptant un nombre réduit de communes) et que la Charte soit au moins mise en œuvre au niveau cantonal. Une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe paraît se justifier (art. 13, 3^{ème} phrase, de la Charte). En fin de compte, la suppression de l'échelon communal ne saurait être *la fin* poursuivie par le canton, mais peut tout au plus être *le moyen* de réaliser, de meilleure manière, certaines tâches publiques essentielles.

2. *L'absorption d'une ou de certaines communes*

a. La problématique

L'absorption d'une ou plusieurs communes d'un canton par celui-ci reviendrait à créer *une portion de territoire exclusivement cantonale*, tout en préservant un certain nombre de communes sur le territoire restant. L'institution de la commune subsisterait de cette façon, limitant ainsi les tensions avec la Charte. Celle-ci s'appliquerait non seulement aux communes, conformément à la déclaration de la Confédération, sur la base de son article 13, mais aussi au canton pour la portion exclusivement cantonale de son territoire¹⁰⁵. Seule cette solution permettrait d'éviter que ne se forme une zone de non-application de la Charte.

Le droit cantonal ne règle généralement pas la question de l'absorption d'une ou de plusieurs communes par le canton, à l'exception notable de l'article 144 de la Constitution genevoise. Ainsi cette disposition a-t-elle été adoptée en ayant pour toile de fond les discussions relatives à la fusion de la Ville de Genève avec le canton¹⁰⁶. Elle empêche le canton d'absorber notamment la Ville de Genève – ou toute autre commune – sans son accord¹⁰⁷.

La coexistence d'une portion de territoire exclusivement cantonale et d'une portion de territoire divisée, pour sa part, en communes soulève un certain nombre de difficultés et d'enjeux. Nous nous bornons ci-dessous à en évoquer les principaux.

¹⁰⁵ Voir *supra* II, B, 1, c/cc.

¹⁰⁶ Mémorial du Grand Conseil genevois 1999 57/IX 8898-8909 et 2000 26/V 4135-4137.

¹⁰⁷ Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 26/V 4135.

- b. Les finances et la fiscalité
 - ba. Les enjeux et difficultés

Un des grands défis que pose l'absorption d'une ou plusieurs communes par le canton consiste à éviter qu'apparaissent *des inégalités entre contribuables*, en ce sens qu'un contribuable imposé sur le territoire cantonal paierait uniquement un impôt cantonal, tandis qu'un contribuable ayant exactement la même situation financière et personnelle, mais qui serait imposé sur le reste du territoire cantonal, paierait non seulement un impôt cantonal de même montant, mais aussi un impôt communal. Deux solutions sont *a priori* envisageables pour remédier à cette difficulté.

- bb. La « cantonalisation » de la matière

La première solution consisterait à priver les communes de la compétence de prélever leurs propres impôts et d'en fixer le taux. Celles-ci réaliseraient alors leurs tâches au moyen des taxes et émoluments communaux ainsi que de sommes que le canton leur verserait en fonction de critères définis par la législation cantonale (population, infrastructures existantes, besoins particuliers, etc.). Les sommes transférées aux communes seraient adaptées à intervalles réguliers, le but étant d'éviter de désavantager le territoire exclusivement cantonal, les communes ou certaines d'entre elles. Fondamentalement, les sommes transférées aux communes afin de leur permettre d'assumer leurs tâches devraient correspondre, *per capita* et compte tenu des autres facteurs pertinents (géographiques ou démographiques, notamment), aux sommes allouées aux tâches correspondantes accomplies sur le territoire exclusivement cantonal. Il faudrait aussi s'assurer de la correspondance entre les ressources des communes et leurs tâches¹⁰⁸. Le budget et la comptabilité du canton devraient être très détaillés sur ce point afin d'assurer une pleine transparence et équité. Une autorité judiciaire, quasi-judiciaire ou arbitrale pourrait être saisie en cas de litige¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Art. 9 § 2 de la Charte. Sur cette question, voir spécialement la recommandation 79 (2000) du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe sur les ressources financières des autorités locales par rapport à leurs compétences.

¹⁰⁹ Voir *infra* II, B, 2, d.

La solution que nous venons d'esquisser engendrerait une tension réelle avec l'article 9 § 3 de la Charte, en vertu duquel « [u]ne partie au moins des ressources financières des collectivités locales doit provenir de redevances et d'impôts locaux dont elles ont le pouvoir de fixer le taux, dans les limites de la loi »¹¹⁰. Certes, les communes continueraient, par hypothèse, à percevoir des taxes et émoluments pour leurs prestations¹¹¹ et jouiraient d'une certaine autonomie dans l'utilisation des fonds provenant du canton. Une telle compétence résiduelle suffirait-elle au regard de la Charte¹¹²? On est *a priori* en droit d'en douter. On observa néanmoins qu'en France, les communes peuvent uniquement prélever certaines taxes¹¹³, bénéficiant cependant d'une autonomie réduite pour en définir le régime¹¹⁴. Or la Charte est en vigueur dans ce pays depuis le 1^{er} mai 2007, et la France n'a émis aucune réserve ou déclaration en relation avec l'article 9 § 3 de celle-ci¹¹⁵. En Allemagne, la Loi fondamentale, du 23 mai 1949, contient une règle ayant la teneur suivante: « Si un Land n'a pas de communes, le produit des impôts réels et des impôts locaux [...] lui revient »¹¹⁶. L'Allemagne n'a formulé aucune réserve ou

110 Le Conseil fédéral estime que cette disposition n'est pas directement applicable (FF 2004 80).

111 Des taxes similaires seraient prélevées sur le territoire exclusivement cantonal.

112 Voir, d'une manière générale, LEVRAT (n. 84), pp. 77-78: « Ainsi l'autonomie financière des collectivités locales doit résulter d'un subtil dosage entre la libre disposition des ressources et la solidarité. En cette matière une fois encore, la Charte énonce les principes et pose l'exigence de leur mise en équation; elle se garde cependant bien de fixer les paramètres – lesquels dépendent tant de variables locales que de choix politiques fondamentaux au niveau de chaque Etat – qui doivent permettre d'équilibrer les termes de l'équation. »

Le rapport explicatif relatif à la Charte (n. 45) est pour le moins vague en la matière: « Il est reconnu que les législations centrales ou régionales peuvent fixer des limites globales aux pouvoirs des collectivités locales en matière fiscale; elles ne doivent pas, toutefois, empêcher le fonctionnement effectif de la responsabilité politique au niveau local. » (p. 8, ad art. 9 § 3).

113 Taxe sur les propriétés bâties, taxe foncière sur les propriétés non bâties, taxe d'habitation, taxe professionnelle et quelques taxes additionnelles (voir notamment MICHEL BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris 2004, pp. 91-94).

114 Voir notamment JEAN-JACQUES BIENVENU / THIERRY LAMBERT, *Droit fiscal*, 3^{ème} éd., Paris 2003, pp. 84-85.

115 Voir le lien internet indiqué à la note 104.

116 Art. 106, al. 6, 3^{ème} phrase.

déclaration à ce sujet lorsqu'elle a ratifié la Charte¹¹⁷. Dans les Länder composés de communes, l'autonomie normative fiscale de ces dernières est limitée¹¹⁸, sous réserve de leur compétence de fixer l'impôt foncier¹¹⁹. D'une manière générale, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe a identifié des déficits dans de nombreux Etats quant à la mise en œuvre de l'article 9 de la Charte¹²⁰.

Au reste, aujourd'hui déjà, certaines communes suisses ne jouissent que d'une très faible autonomie en matière fiscale¹²¹. La Ville de Bâle ne prélève aucun impôt communal¹²². Dès lors, les difficultés au regard de la Charte existent, en réalité, d'ores et déjà en Suisse. Aucune objection n'a été formulée par les institutions du Conseil de l'Europe lors de la ratification, par la Suisse, de la Charte. Peut-être n'avaient-elles pas connaissance de ce cas particulier. Faut-il alors contraindre le canton de Bâle-Ville à introduire un impôt communal en Ville de Bâle? A s'en tenir à la lettre de l'article 9 § 3 de la Charte, une réponse affirmative à cette question paraît s'imposer. Toutefois, à se fonder sur son esprit, la réponse est plus nuancée. Ainsi, le fait que l'impôt soit exclusivement cantonal en Ville de Bâle ne lui enlève pas sa qualité d'impôt *local*¹²³, par opposition à national ou fédéral. La Suisse devrait idéalement, dès maintenant, notifier au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, conformément à l'article 13, 3^{ème} phrase, de la Charte, son accord à ce que cette dernière s'applique aussi à un canton s'agissant de l'éventuel territoire qu'il administre directement. Nous ne pouvons que préconiser une telle notification.

117 Voir le lien internet indiqué à la note 104.

118 Le régime juridique de la plupart des taxes et impôts communaux n'est que dans une faible mesure déterminé par les communes (voir notamment HANS D. JARASS / BODO PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 8^{ème} éd., Munich 2006, pp. 993-995, n^{os} 12-18 ad Art. 106).

119 Art. 106, al. 6, 2^{ème} phrase, de la Loi fondamentale.

120 Recommandation 79 (2000) sur les ressources financières des autorités locales par rapport à leurs compétences, voir spécialement son ch. 11, auquel le Congrès « exprime sa vive préoccupation face à l'insuffisante mise en œuvre de l'article 9 de la Charte », ainsi que son annexe 1 (ch. 2a).

121 Voir la contribution de STÉPHANE GRODECKI dans le présent ouvrage.

122 Voir *infra* II, B, 2, b/bc.

123 Terme employé à l'art. 9 § 3 de la Charte.

De plus, quelle serait la « valeur ajoutée », en termes de proximité de l'impôt par rapport aux citoyens¹²⁴, d'un impôt communal prélevé en Ville de Bâle face à la situation actuelle? Une telle interrogation paraît légitime. Enfin, à partir du moment où la fusion d'une collectivité fédérée avec ses communes est admissible¹²⁵, il paraît difficile de contester toute « cantonalisation » des impôts, à l'exclusion des taxes et émoluments, à tout le moins lorsque celle-ci est liée à l'absorption d'une ou certaines communes seulement par le canton, que l'impôt reste local (si bien que sont surtout visés les cantons peu peuplés ou comptant un nombre réduit de communes), que les communes conservent une autonomie substantielle de gestion de leurs ressources et pour autant que la Charte s'applique désormais aussi au canton¹²⁶. *A maiore ad minus*.

bc. La « solution bâloise »

La seconde solution correspond, dans les grandes lignes, à celle en vigueur dans le canton de Bâle-Ville, où la Ville de Bâle est administrée par le canton. Les impôts sur le revenu et sur les gains immobiliers sont exclusivement cantonaux en Ville de Bâle¹²⁷, tandis qu'il est cantonaux et communaux dans les communes de Bettingen et Riehen¹²⁸. Dans ces deux communes, seule une fraction – 50% en temps normal¹²⁹, 60% pour la période fiscale 2003-2007¹³⁰ – de l'impôt cantonal sur le revenu qui serait normalement dû est prélevée. A cette fraction s'ajoute l'impôt communal qui correspond à un pourcentage de l'impôt cantonal¹³¹,

124 La « solution bâloise » soulève des difficultés du point de vue de l'égalité fiscale entre particuliers (voir *infra* II, B, 2, b/bc). Celle-ci n'est cependant pas garantie par la Charte.

125 Voir *supra* II, B, 1, c/cd.

126 Voir *supra* II, B, 1, c/cc.

127 §§ 1 et 2, al. 3, de loi cantonale du 12 avril 2000 sur les impôts directs (LID/BS; RS/BS 640.100).

128 § 61, al. 1, Cst./BS; §§ 1 et 2, al. 1 et 2, LID/BS.

Pour de plus amples détails sur la répartition des impôts directs entre le canton et les communes, voir les §§ 228 et 242a-242b LID/BS ainsi que BUSER (n. 95), p. 181, n^{os} 498-500.

129 § 228, al. 1, LID/BS.

130 § 242a LID/BS.

131 § 2, al. 2, LID/BS.

environ 30% actuellement. Enfin, le canton rétrocède aux communes de Bettingen et Riehen la moitié des impôts sur le revenu, le capital et les biens immobiliers versés par les personnes morales ayant un établissement sur leur territoire¹³².

Une telle solution est plus facile à réaliser dans un canton qui ne comporte qu'un petit nombre de communes. Les difficultés qu'elle soulève dans un canton comptant de nombreuses communes ne la rendent cependant pas contraire au droit supérieur, en particulier à l'article 8 alinéa 1 de la Constitution fédérale. Au moment de la mise en place de ce régime, *un triple équilibre* devrait être atteint :

1. Les impôts communaux devraient *couvrir*, globalement, le coût des tâches communales¹³³ non financées par des taxes et émoluments, déterminé après déduction du rendement de la fortune communale¹³⁴, des subventions et autres paiements du canton ou des sommes reçues au titre de la péréquation financière¹³⁵.
2. Le produit de la part des impôts cantonaux collectés *sur le territoire exclusivement cantonal* excédant la quote-part des impôts cantonaux prélevés dans les communes¹³⁶ devrait couvrir les tâches « communales cantonalisées »¹³⁷ non financées par d'autres sources (taxes et émoluments, par exemple). Cela suppose un budget et une

¹³² § 228, al. 2, LID/BS.

¹³³ Voir § 62, al. 1 et 2, Cst./BS. Il ne s'agit pas du principe de la couverture des frais tel qu'il est habituellement entendu en droit fiscal suisse (voir notamment XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 3^{ème} éd., Genève/Bâle/Munich 2007, p. 49, n° 76). En effet, les tâches publiques communales sont envisagées ici dans leur globalité.

¹³⁴ Cette déduction se justifie si la fortune des communes absorbées par le canton est transférée à celui-ci.

¹³⁵ Ces deux dernières déductions se justifient par le fait que le territoire exclusivement cantonal ne bénéficierait pas, par hypothèse, de tels versements.

¹³⁶ A titre d'illustration, si l'impôt cantonal direct est intégralement dû sur le territoire exclusivement cantonal et ne l'est qu'à 60% dans les communes (celles-ci prélevant, au surplus, un impôt communal direct), alors le 40% (100% – 60%) du produit de l'impôt cantonal prélevé sur le territoire exclusivement cantonal devrait couvrir le coût des tâches publiques qui y sont accomplies *et* qui correspondent à celles effectuées par les communes sur le territoire cantonal restant.

¹³⁷ Ces tâches sont celles qui sont accomplies sur le territoire exclusivement cantonal *et* qui correspondent aux tâches effectuées par les communes sur le territoire cantonal restant.

comptabilité détaillés au niveau cantonal, comportant des rubriques distinctes pour les tâches publiques accomplies sur le territoire exclusivement cantonal.

3. La quote-part des impôts cantonaux prélevés dans les communes¹³⁸ devrait équivaloir à *la part* des mêmes impôts prélevés sur le territoire exclusivement cantonal *utilisée pour des tâches cantonales stricto sensu*, c'est-à-dire toutes les tâches du canton hormis les tâches « communales cantonalisées ». Sur ce plan également, un budget et une comptabilité très détaillés sont indispensables au niveau cantonal.

Evidemment, la détermination d'un tel triple équilibre est une opération fort délicate, tout particulièrement dans un canton comportant de nombreuses communes bénéficiant d'une autonomie importante. Cependant, les difficultés en la matière sont d'ordre comptable et politique, mais ne constituent pas des obstacles juridiques insurmontables. La mise sur pied d'une *comptabilité analytique*, le cas échéant par portion de territoire et par tâche, est inévitable. Au reste, ce triple équilibre est forcément *schématique*, en ce sens que des ajustements demeurent possibles. La présente analyse est inévitablement sommaire, le but étant de définir quelques axes. Elle devrait être affinée en fonction des circonstances propres à chaque opération de fusion envisagée.

Par ailleurs, pour qu'une fusion ait une véritable chance d'aboutir, elle devrait sans doute rester au moins *neutre* pour les contribuables, qu'ils soient domiciliés sur le territoire exclusivement cantonal ou dans une commune, par rapport à la situation prévalant avant la fusion. La quote-part de l'impôt cantonal prélevé dans les communes serait, en principe, la même pour toutes celles-ci, les mécanismes de péréquation financière corrigeant, en tout ou partie, les déséquilibres entre les communes. Il n'est cependant pas fondamentalement exclu que la quote-part ne soit pas fixée de manière uniforme, mais qu'elle dépende de critères géographiques ou démographiques. Cela réduirait ensuite l'importance de la péréquation financière.

¹³⁸ Cela devrait essentiellement concerner l'impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques, voire l'impôt sur le bénéfice et le capital des personnes morales, ainsi que l'impôt sur les gains immobiliers.

Des rééquilibrages, dus notamment à l'évolution démographique ou à d'autres paramètres préalablement définis, seraient ensuite possibles, pour autant qu'ils ne reviennent pas à pénaliser une gestion économe des deniers publics¹³⁹ et qu'ils ne tiennent pas compte de ressources financières exceptionnelles. Une autorité judiciaire, quasi-judiciaire ou arbitrale pourrait être saisie en cas de litige¹⁴⁰. Ainsi, le fait que l'impôt communal direct baisse dans certaines communes ou, à l'inverse, que seul l'impôt cantonal direct diminue ne justifierait pas, à lui seul, un rééquilibrage. En outre, l'augmentation des tâches assumées par le canton se traduirait par un ajustement de la quote-part des impôts cantonaux prélevés dans les communes, et inversement. Enfin, des mécanismes de *péréquation financière* verticale ou horizontale complèteraient le tableau que nous venons de brosser à grands traits. Il s'agirait cependant d'éviter tout mécanisme d'incitation à la dépense.

En conclusion, le système ne brillerait peut-être pas par sa simplicité. Les cantons conservent néanmoins la faculté d'opter pour la complexité! Au reste, la péréquation financière est, aujourd'hui déjà, d'un abord pour le moins difficile...

c. Les droits politiques et l'action publique

ca. Les enjeux et difficultés

L'absorption d'une ou de plusieurs communes par le canton soulèverait diverses difficultés du point de vue des *droits politiques* et, plus largement, de celui de *l'action publique*.

cb. La composition du corps électoral

La composition du corps électoral communal diffère, dans plusieurs cantons, de celle du corps électoral cantonal. L'absorption d'une ou de plusieurs communes par le canton conduirait, le cas échéant, à *retirer* les droits politiques à certaines personnes. Ainsi, par exemple, une fusion de la seule Ville de Genève avec le canton aurait pour effet de priver les étrangers domiciliés depuis au moins huit ans en Suisse de

¹³⁹ Comp. § 62, al. 2 et 3, Cst./BS.

¹⁴⁰ Voir *infra* II, B, 2, d.

tout droit politique en cas de domicile sur le territoire absorbé. Une telle régression serait particulièrement regrettable, ce d'autant plus que les étrangers domiciliés dans une commune genevoise et remplissant les exigences fixées par le droit cantonal¹⁴¹ conserveraient le droit de droit vote ainsi que celui de signer des initiatives et des demandes de référendum en matière communale.

En résulterait-il alors une violation de l'article 8 de la Constitution fédérale? Cela n'est pas certain, dans la mesure où les situations diffèrent. Dans un cas, les droits politiques ne seraient plus accordés aux étrangers en raison de la disparition de l'échelon communal, tandis que, dans le second, ils subsisteraient du fait de son maintien. Un traitement différent de situations différentes n'est, en principe, pas constitutif d'une violation de l'article 8, alinéa 1, de la Constitution fédérale. Au reste, les cantons qui laissent aux communes le soin de décider si elles accordent ou non les droits politiques aux étrangers¹⁴² ne connaissent pas nécessairement un régime uniforme. Quant à l'alinéa 2 de l'article précité, il est d'un maniement très délicat lorsque sont en jeu des revendications de ressortissants étrangers en matière de droits politiques¹⁴³.

Cela dit, *la géométrie variable* quant à la titularité des droits politiques, à laquelle conduirait l'absorption de la Ville de Genève par le canton, ne serait pas satisfaisante. Une solution particulièrement élégante de remédier à cette difficulté consisterait à octroyer aux étrangers des droits politiques en matière cantonale dans la même mesure qu'ils en jouissent au niveau communal. Ici aussi, l'obstacle n'est pas juridique, mais – encore que cela reste à démontrer – tout au plus politique. Enfin, une autre façon de remédier à cette géométrie variable serait de créer un arrondissement d'exercice des droits politiques sur le territoire exclusivement cantonal pour les affaires qui, sur le reste du territoire cantonal, relèvent de la compétence des communes¹⁴⁴. Des droits politiques pourraient

¹⁴¹ Art. 42, al. 1, Cst./GE: « Les ressortissants étrangers, ayant leur domicile légal en Suisse depuis 8 ans au moins, exercent les droits de voter et de signer des initiatives et des référendums en matière communale à leur lieu de domicile. »

¹⁴² § 40, al. 2, Cst./BS; art. 105, al. 2, Cst./AR; art. 9, al. 4, Cst./GR.

¹⁴³ Voir VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bruxelles/Paris 2003, p. 472, n° 1050 et les références.

¹⁴⁴ Voir *infra* II, B, 2, c/cc.

être accordés aux étrangers dans cet arrondissement à des conditions identiques que celles valables dans les communes.

cc. L'influence sur l'action publique

Les citoyens domiciliés dans les communes seraient habilités à s'exprimer, directement ou indirectement par leurs représentants, sur les affaires cantonales et communales, tandis que les citoyens domiciliés sur le territoire exclusivement cantonal ne pourrait que se prononcer sur les affaires cantonales. *Une telle asymétrie* existe dans le canton de Bâle-Ville. En effet, les citoyens domiciliés en Ville ne jouissent que des droits politiques cantonaux, tandis que ceux qui le sont dans les communes de Riehen et Bettingen sont titulaires des droits politiques cantonaux *et* communaux¹⁴⁵. Une telle asymétrie n'a pas empêché l'Assemblée fédérale d'accorder récemment, sans la moindre réserve, la garantie fédérale à la nouvelle Constitution de ce canton¹⁴⁶. Il est vrai toutefois qu'elle ne ressort pas clairement de la Constitution cantonale. Cette situation s'avère peu problématique dans le canton de Bâle-Ville du fait que la population de la Ville excède très largement celle de Riehen et Bettingen. Le risque de voir les citoyens de ces dernières imposer, lors d'une votation populaire, leur volonté aux citoyens de la ville est pratiquement inexistant.

L'absorption d'une ou plusieurs communes par le canton engendre inévitablement une structure très complexe, avec des tensions sous l'angle de *l'égalité politique*, spécialement si les communes qui subsistent disposent d'une autonomie importante. Or l'on sait que le Tribunal fédéral est attentif à cette forme d'égalité¹⁴⁷. *Plusieurs aménagements* – notamment institutionnels – permettent d'atténuer ces tensions. Tout d'abord, l'administration cantonale compterait utilement un département ou une structure interdépartementale en charge du territoire purement cantonal. Par ailleurs, une autorité judiciaire, quasi-judiciaire ou arbitrale pourrait être saisie en cas de litiges¹⁴⁸. De surcroît, il serait concevable

¹⁴⁵ Comp. notamment les §§ 10-12, d'une part, et le § 18, d'autre part, de loi du canton de Bâle-Ville sur les communes du 17 octobre 1984 (LCo/BS; RS/BS 170.100).

¹⁴⁶ Arrêté fédéral du 28 septembre 2006 : FF 2006 8227.

¹⁴⁷ Voir MARTENET (n. 143), pp. 478-483, n^{os} 1068-1079 et les références.

¹⁴⁸ Voir *infra* II, B, 2, d.

que le Grand Conseil siège en composition réduite pour les objets se rapportant au territoire exclusivement cantonal¹⁴⁹. Ainsi, seuls les députés provenant de celui-ci – lequel formerait une circonscription électorale – voteraient sur de tels objets. En outre, le cercle des personnes entendues dans une procédure de consultation serait adapté en fonction des objets soumis à celle-ci¹⁵⁰.

Enfin, le territoire exclusivement cantonal pourrait former *un arrondissement* d'exercice des droits politiques, les citoyens y étant domiciliés disposant des droits d'initiative et de référendum sur des objets formellement cantonaux, mais correspondant à des domaines relevant de la compétence des communes sur le territoire cantonal restant. Le droit d'initiative devrait comporter certaines limites, de façon à éviter que les citoyens du territoire exclusivement cantonal soient légitimés à contraindre l'Etat à assumer une nouvelle tâche en en « cantonalisant » la dépense correspondante. Cela ne reviendrait toutefois pas à enlever toute substance au droit d'initiative. D'une part, une initiative entraînant une nouvelle dépense du canton pourrait être mise en œuvre de manière à tenir compte des intérêts des communes. D'autre part, une initiative populaire n'entraîne pas obligatoirement une dépense publique. Pour prendre deux exemples en vogue, l'interdiction de fumer dans les lieux publics ou l'heure de fermeture des magasins pourraient parfaitement faire l'objet d'une initiative populaire dans l'arrondissement formé par le territoire exclusivement cantonal dans un canton où, par hypothèse, ces questions relèveraient de la compétence des communes sur le territoire cantonal restant.

d. Le contrôle par une autorité judiciaire, quasi-judiciaire ou arbitrale

Une structure aussi complexe suppose, presque inévitablement, un contrôle par une autorité *judiciaire, quasi-judiciaire* ou *arbitrale*. Une autorité judiciaire supérieure, telle qu'une Cour constitutionnelle¹⁵¹,

¹⁴⁹ A noter que ce n'est pas le cas à l'heure actuelle dans le canton de Bâle-Ville.

¹⁵⁰ Comp. § 55 Cst./BS: « L'Etat associe la population des quartiers à la formation de son opinion et de sa volonté lorsqu'il est appelé à prendre des décisions qui la touchent particulièrement. »

¹⁵¹ Une telle autorité existe dans les cantons de Nidwald (art. 69 Cst./NW), de Vaud (art. 136 Cst./VD) et du Jura (art. 104 Cst./JU).

ou une Cour des comptes¹⁵² dont l'indépendance serait garantie par le droit cantonal, pourrait se charger d'une telle tâche. Le contrôle pourrait aussi relever de la compétence d'une autorité arbitrale, composée paritairement de représentants du canton et des communes, le président étant désigné selon des règles particulières. Enfin, une société d'audit pourrait être saisie de certaines questions, comptables en particulier.

L'autorité de contrôle serait en particulier chargée de statuer sur *les litiges* entre les communes et le canton et serait dotée d'un pouvoir décisionnel, tout en étant aussi légitimée à émettre des recommandations. On pourrait même imaginer qu'elle impose, par exemple, des correctifs budgétaires ou des versements complémentaires aux communes.

e. Appréciation finale

Aucune solution esquissée plus haut n'est évidemment la panacée. Par ailleurs, la parfaite égalité entre les communes, d'une part, ou entre celles-ci et le territoire exclusivement cantonal, d'autre part, tient de la gageure. Lorsqu'elle se rapporte à *la structure de l'Etat*, l'égalité comporte cependant une certaine souplesse. Elle ne saurait priver les cantons de toute autonomie en la matière. Il est important que ceux-ci demeurent des laboratoires constitutionnels; la vitalité du fédéralisme en dépend. Au reste, les garde-fous que nous préconisons suffisent, à notre avis, à garantir un système globalement compatible avec le droit supérieur, en l'absence d'une quelconque interdiction de principe émanant de celui-ci.

3. *L'absorption volontaire*

L'absorption d'une ou plusieurs communes par le canton supposerait l'accord de la ou des communes concernées ainsi que celui du canton¹⁵³. Une telle absorption requerrait, dans tous les cantons, une révision de la constitution cantonale soumise au référendum obligatoire¹⁵⁴. Le peuple cantonal aurait, en d'autres termes, *le dernier mot*.

¹⁵² Une telle autorité existe dans les cantons de Vaud (art. 166 Cst./VD) et de Genève (art. 141 Cst./GE).

¹⁵³ Sur cette question, voir, *mutatis mutandis, supra* II, A, 3, a.

¹⁵⁴ Art. 51, al. 1, 2^{ème} phrase, Cst.

4. *L'absorption contrainte*

Les développements relatifs à la fusion contrainte de communes¹⁵⁵ valent *mutatis mutandis* pour l'absorption d'une ou plusieurs communes par le canton. Aucun canton ne dispose, à l'heure actuelle, d'une base constitutionnelle ou légale permettant une telle absorption. Ce cas de figure est dès lors purement académique, si bien qu'il ne nous retiendra pas plus longtemps.

III. Le déroulement de la fusion

La procédure de fusion connaît plusieurs étapes. Le droit de chaque canton présente des particularités à cet égard. Aussi nous bornerons-nous à passer en revue un certain nombre d'étapes clés de la fusion volontaire (A) et de la fusion contrainte (B). Il convient d'observer, à titre liminaire, que les autorités fédérales s'imposent une grande retenue lorsqu'elles sont saisies de litiges relatifs à une procédure de fusion de communes¹⁵⁶.

A. La fusion volontaire

1. *La nécessité d'une base constitutionnelle ou légale ?*

- a. La souplesse quant au degré de précision de la base constitutionnelle ou légale

La première question à résoudre a trait à la nécessité d'une base constitutionnelle ou légale permettant de lancer une procédure de fusion. La plupart des cantons disposent d'une telle base, si bien que la question est largement théorique. Si, dans le canton de Genève, cette base se réduit au seul article 144 de la Constitution genevoise, qui se rapporte à la modification des limites territoriales d'une commune – non seulement en cas de fusion avec le canton, mais aussi avec une ou plusieurs autres communes –, elle nous paraît suffisante, car la modification suppose un vote favorable du Conseil municipal de chaque commune et l'adoption

¹⁵⁵ Voir *supra* II, A, 4.

¹⁵⁶ Dans ce sens, à propos du TF, voir YVO HANGARTNER, note de jurisprudence, in: *PJA* 2005, p. 1412, n° 1, qui se montre favorable à une telle retenue.

d'une loi cantonale, tous deux soumis au référendum facultatif. La procédure est dès lors, dans son ensemble, suffisamment *légitimante* – tant au plan municipal qu'au plan cantonal – pour éviter de se montrer trop exigeant quant au degré de précision de la norme sur laquelle elle se fonde à l'origine.

b. L'absence de toute base constitutionnelle ou légale

Qu'en est-il d'un canton qui ne disposerait d'*aucune* base constitutionnelle ou légale sur laquelle pourrait s'appuyer une fusion volontaire ? A notre sens, un tel silence normatif – pour autant qu'il ne soit pas qualifié – n'empêcherait pas un exécutif municipal d'entamer des pourparlers avec une autre commune, voire avec le canton. En revanche, la signature d'une convention est un acte important, même si elle est soumise à ratification. Elle représente une orientation politique fondamentale de la commune. Aussi nous semble-t-il problématique qu'elle intervienne hors de tout cadre légal ou de toute saisine de l'assemblée législative communale ou du corps électoral. La Charte ne supplée pas véritablement l'éventuelle carence du droit cantonal car elle se borne à consacrer un droit d'association des communes pour la réalisation de tâches d'intérêt commun¹⁵⁷. Face à l'absence de toute base constitutionnelle ou légale en droit cantonal, il sied, en réalité, de distinguer deux hypothèses.

En premier lieu, si l'autonomie communale comprend, en raison du silence du droit cantonal, la faculté de négocier, puis de conclure une convention de fusion, alors celle-ci peut parfaitement reposer sur un acte normatif communal, voire sur une décision de principe prise par l'assemblée législative ou le corps électoral de la commune. Une modification de la liste cantonale des communes clora la procédure. Selon le rang auquel se situe cette liste, une révision de la constitution cantonale, d'une loi ou d'un règlement sera *in fine* nécessaire.

En second lieu, si l'ordre juridique cantonal ne permet pas aux communes de négocier, puis de conclure une convention de fusion, alors la création d'une base légale cantonale s'avère nécessaire. Un acte normatif

¹⁵⁷ Art. 10, spécialement al. 1 : « Les collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi, de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun. »

cantonal – dont le rang équivaldrait au moins à celui de l'obstacle – ferait évidemment l'affaire. A notre sens, une « loi » visant une fusion particulière (*Einzelfallgesetz*) serait aussi admissible¹⁵⁸, à moins que ce type d'acte soit exclu par le droit cantonal. L'adoption d'un tel acte par le parlement cantonal, voire par le peuple du canton, et le fait que le processus de fusion demeure volontaire concourraient, de manière satisfaisante, à la *légitimation démocratique* de la procédure. Evidemment, l'instrument de la « loi individuelle » soulève des difficultés sous l'angle de l'égalité de traitement. Quelle serait toutefois la conséquence d'un refus d'adopter une « loi » visant une fusion particulière alors qu'il n'existerait aucun consensus en vue de l'adoption d'un acte général et abstrait permettant les fusions volontaires ? Une fusion de communes serait refusée, sans qu'aucune autre fusion ne soit, par hypothèse, à l'ordre du jour. Ainsi entraverait-on, dans le but d'éviter des problèmes qui ne se poseraient peut-être jamais¹⁵⁹, une fusion pourtant voulue par les communes concernées et le parlement ou même le peuple cantonal. Au reste, l'existence d'un acte normatif ne garantit pas, de toute façon, l'absence de toute inégalité de traitement. En effet, même si elle repose sur un acte cantonal général et abstrait, la fusion volontaire est ultimement approuvée par le Grand Conseil, voire par le peuple cantonal¹⁶⁰. Or il est concevable qu'une fusion soit approuvée, alors qu'une autre, quoique similaire, soit refusée. Si l'autorité cantonale statue en opportunité, les communes sont pratiquement démunies face au refus du canton. Par ailleurs, rien ne garantit qu'un acte normatif ne soit pas abrogé à l'avenir, privant alors la procédure de fusion volontaire de toute base légale.

En somme, *le pragmatisme* est de mise à propos de la question de la base légale d'une fusion volontaire¹⁶¹. Certes, il s'agit de privilégier la voie consistant à adopter un acte cantonal général et abstrait permettant les

158 D'un avis largement différent, ZAHNER (n. 3), pp. 96-98.

159 Soit qu'aucun autre groupe de communes ne veuille fusionner, soit que l'autorité cantonale adopte, à l'avenir, une « loi individuelle » à l'appui de toute fusion volontaire souhaitée par des communes.

160 Voir *infra* III, A, 6.

161 Même BEATRIX ZAHNER juge admissible l'instrument de la « loi individuelle », cependant uniquement dans le cas où un canton compte peu de communes et où seule une fusion est envisageable (n. 3, p. 98).

fusions volontaires, ainsi que, dans tous les cas, de s'assurer que la fusion réponde à un intérêt public et qu'elle ne lèse pas les droits subjectifs de tiers¹⁶². Cela ne saurait cependant conduire à rejeter, par principe, l'instrument de la « loi individuelle »¹⁶³.

2. *L'impulsion et les démarches préparatoires*

Les organes des communes concernées ainsi que le canton peuvent donner *l'impulsion* de la fusion en entamant la procédure y relative¹⁶⁴. Parfois, l'ouverture de la procédure ne peut être formellement décidée que par des organes de la commune et ses citoyens¹⁶⁵. Dans plusieurs cantons, l'initiative populaire cantonale ou communale¹⁶⁶ peut être utilisée à cette fin. De plus, une fédération de communes ou une agglomération sont parfois aussi habilitées à proposer une fusion des communes dont elles se composent ou de certaines d'entre elles¹⁶⁷.

Les premières démarches préparatoires se déroulent souvent de manière informelle et sont l'apanage du pouvoir exécutif des communes concernées. Certains cantons exigent qu'un document soit élaboré dans la première phase de la procédure. Ainsi le canton du Valais prévoit-il l'établissement d'*un concept de fusion* au début de la procédure¹⁶⁸. Le droit saint-gallois s'inscrit dans une optique similaire¹⁶⁹. Dans plusieurs cantons, des études préliminaires sur la faisabilité et les conséquences de la fusion envisagée sont effectuées en début de procédure. Dans le canton du Jura, des comités intercommunaux jouent un rôle important dans la première phase d'une fusion¹⁷⁰.

¹⁶² Sur les conditions de l'instrument de la « loi individuelle », comp. PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 1994, p. 210, qui adopte une position plutôt restrictive.

¹⁶³ Voir également *supra* II, A, 3, b, à propos de la procédure de révision des constitutions cantonales.

¹⁶⁴ Art. 135, al. 2, Cst./FR et 133-134c LCo/FR; art. 4-5 LFSCo/TI; art. 152 et 154 Cst./VD ainsi que 3 LFusCom/VD.

¹⁶⁵ § 59 LCo/LU.

¹⁶⁶ Voir notamment art. 135, al. 2, Cst./FR et 134c LCo/FR; art. 4, al. 1, LFSCo/TI; art. 152 Cst./VD et 3 LFusCom/VD.

¹⁶⁷ Art. 153 Cst./VD.

¹⁶⁸ Art. 132 LCo/VS.

¹⁶⁹ Art. 3 LFCo/SG.

¹⁷⁰ Art. 69a, al. 2, LCo/JU et 4-9 DFCo/JU.

3. *La décision de principe, les votations consultatives et le vote sur un projet préparé par le canton*

Dans quelques cantons, l'assemblée parlementaire où le corps électoral de la commune sont appelés à se prononcer sur *le principe* de la fusion¹⁷¹. Pour que cette *décision de principe* ait un sens, elle présuppose que soient connus le ou les partenaires de la fusion, le type de fusion et, en principe, les grandes lignes de celle-ci. Idéalement, les communes concernées devraient prendre cette décision en même temps afin d'éviter une asymétrie temporelle peu heureuse. Le résultat de la décision de principe est porté à la connaissance des autorités cantonales.

Le droit cantonal comporte parfois des particularités procédurales. Dans le canton des Grisons, des votations *consultatives* peuvent être organisées dans les communes concernées par une fusion¹⁷². Dans celui du Tessin, le projet de fusion est élaboré par une commission d'études, puis adopté par le Conseil d'Etat qui le soumet, pour préavis, aux communes intéressées¹⁷³. Le projet peut comprendre des variantes¹⁷⁴, et chaque commune dispose d'une voix consultative¹⁷⁵. Le Grand Conseil n'est cependant habilité à passer outre un préavis négatif d'une commune qu'en respectant certaines conditions¹⁷⁶.

4. *La convention de fusion*

La fusion volontaire de communes suppose, dans bon nombre de cantons, la négociation, puis l'adoption d'*une convention de fusion*. Certes, on pourrait concevoir que, suite à une décision de principe, les termes

¹⁷¹ Art. 134-134c LCo/FR, la décision de principe n'étant pas requise lorsque l'initiative émane de l'exécutif municipal (art. 134b); art. 2 LFSCo/SG; art. 137 LCo/VS. Dans le canton de Soleure, la décision prise par les citoyens actifs des communes (§ 190 LCo/SO) porte également sur le principe de la fusion (cf. AMT FÜR GEMEINDEN, *Merkblatt Gemeinden*, 10 novembre 2006).

¹⁷² Art. 92 LCo/GR.

¹⁷³ Art. 6 LFSCo/TI. Une votation populaire est organisée dans chaque commune (art. 20, al. 1, Cst./TI; art. 6, al. 1-2, LFSCo/TI).

¹⁷⁴ Art. 6, al. 1, LFSCo/TI.

¹⁷⁵ Art. 6, al. 1, LFSCo/TI.

¹⁷⁶ Art. 9 LFSCo/TI. Voir *supra* II, A, 4, b.

de la fusion soient définis par un acte cantonal¹⁷⁷ ou des actes adoptés parallèlement par les communes concernées¹⁷⁸. Plusieurs cantons ont néanmoins opté pour un mécanisme conventionnel ou, à tout le moins, permettent celui-ci¹⁷⁹. Lorsque les autorités compétentes des communes concernées ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le contenu d'une convention, malgré un vote de principe favorable sur la fusion, le droit cantonal habilite parfois le canton à définir les modalités de la fusion¹⁸⁰ ou la procédure à suivre¹⁸¹. Dans certains cantons, le projet de convention de fusion est soumis préalablement aux autorités cantonales pour qu'elles en vérifient la conformité au droit cantonal¹⁸².

La convention peut contenir des règles sur le calendrier de la fusion, les éventuelles répercussions sur les autres types de communes (communes bourgeoises, ecclésiastiques, etc.), le nom et les armoiries de la commune nouvellement créée ou absorbante, les nouvelles limites communales, le transfert du patrimoine, des engagements et du personnel, les compétences pour clore les comptes et les affaires pendantes, la désignation des nouveaux organes, les règlements et tarifs maintenus en vigueur, ainsi que le régime transitoire¹⁸³. Dans le canton de Neuchâtel,

¹⁷⁷ Le Tessin a opté pour une telle solution (voir *supra* II, A, 4, b et *infra* III, B, 4). Cela est, par exemple, aussi possible en Valais (cf. art. 140 LCo/VS).

¹⁷⁸ Dans le canton de Saint-Gall, les communes qui fusionnent doivent se mettre d'accord sur la « décision » de fusion (« *Vereinigungsbeschluss* »; cf. art. 4-5 LFCo/SG).

¹⁷⁹ Voir notamment art. 2 de l'ordonnance bernoise sur les communes du 16 décembre 1998 (OCo/BE; RS/BE 170.111); § 60, al. 1, LCo/LU; Art. 134 ss LCo/FR; art. 91 LCo/GR; art. 5 ss LFusCom/VD: « Toute fusion de communes exige une convention conclue par les communes concernées. » (art. 5, al. 1); art. 141 LCo/VS (faculté); art. 20-21 RALFAC/NE; art. 19 DFCo/JU (faculté).

¹⁸⁰ Art. 11 LCo/GL (compétence du parlement cantonal sur proposition du gouvernement cantonal); art. 134, al. 2, et 134a, al. 3, LCo/FR (compétence du Conseil d'Etat d'arrêter le texte de la convention dont l'approbation par les communes reste requise, cf. art. 134d, al. 3 et 4, LCo/FR). En Valais, le Grand Conseil semble disposer de la compétence de fixer les modalités de la fusion si les communes ne parviennent pas à se mettre d'accord à ce sujet, après avoir accepté le principe de la fusion. La base légale n'est cependant pas très claire (voir les art. 140, al. 1, et 141, al. 2, LCo/VS).

¹⁸¹ Art. 9, al. 3, LCo/NW.

¹⁸² Art. 8, al. 1-2, du décret fribourgeois relatif à l'encouragement aux fusions de communes du 11 novembre 1999 (DFusCom/FR; RS/FR 141.1.1); art. 6 LFusCom/VD.

¹⁸³ Art. 2, al. 2, OCo/BE; art. 5, al. 2, LFusCom/VD; art. 141 LCo/VS; art. 20 RALFAC/NE; art. 19, al. 1, DFCo/JU. Voir, en outre, ZAHNER (n. 3), pp. 238-252.

le budget prévisionnel de la commune fusionnée et le coefficient d'impôt figurent dans la convention¹⁸⁴. Dans celui de Vaud, la convention indique la date d'entrée en vigueur de la fusion¹⁸⁵. Ce point est pour le moins problématique, dans la mesure où la question ne relève pas uniquement de la compétence des communes, en raison de l'exigence de l'approbation cantonale¹⁸⁶.

Enfin, la voie conventionnelle paraît aussi indiquée lors de *l'absorption* d'une ou de plusieurs communes d'un canton par celui-ci. Certes, les communes sont subordonnées au canton. Cependant, une telle absorption est une opération si délicate et sensible que la conclusion d'une convention est opportune, à tout le moins lorsque le processus est volontaire. Elle pourrait aussi être décrétée par un acte cantonal unilatéral, en principe normatif. Cette solution semble, à première vue, plus efficace. Elle peut néanmoins, selon les cas, contenir en elle le germe de la rancœur et de la contestation.

5. *L'approbation communale*

La convention de fusion est soumise à l'organe compétent de chacune des communes concernées, que la fusion soit réalisée par combinaison ou par absorption. En règle générale, elle est approuvée, au terme de la phase communale de la procédure, par *les citoyens actifs* des communes concernées¹⁸⁷, le cas échéant après l'avoir été par le parlement communal lorsque cela est prévu par le droit cantonal. En cas de refus d'un parlement communal, la procédure prend fin, faute de l'existence d'un référendum contre une décision négative, ce qui conduit parfois les parlements communaux à accepter une fusion, à laquelle ils sont pourtant opposés, uniquement pour permettre la tenue d'une votation

¹⁸⁴ Art. 20, let. d, RALFAC/NE.

¹⁸⁵ Voir néanmoins l'art. 5, al. 2, let. e, LFusCom/VD.

¹⁸⁶ Voir *infra* III, A, 6.

¹⁸⁷ Art. 23, let. e, LCo/BE et 2, al. 3, OCo/BE; § 60, al. 1, 2^{ème} phrase, LCo/LU et § 74, al. 1, nCst./LU; art. 118, al. 1, Cst./GL et 9, al. 1, LCo/GL; art. 135, al. 3, 1^{ère} phrase, Cst./FR et 134d, al. 3-4, LCo/FR; § 105, al. 1, Cst./AG et § 6, al. 1, de la loi argovienne sur les communes du 19 décembre 1978 (LCo/AG; RS/AG 171.100); art. 151, al. 4, 1^{ère} phrase, Cst./VD et 8 LFusCom/VD; art. 141, al. 2, LCo/VS; art. 5, al. 3, LCo/NE et 21, al. 3, RALFAC/NE; art. 112, al. 1, Cst./JU et 19, al. 2, DFCo/JU. Voir, en outre, ZAHNER (n. 3), pp. 252-254.

populaire¹⁸⁸. Les scrutins populaires ont lieu, en principe, simultanément dans les communes appelées à fusionner¹⁸⁹. Dans le canton de Glaris, les citoyens peuvent même conférer un effet rétroactif à la fusion¹⁹⁰.

Dans les cantons dont le droit cantonal ne mentionne pas expressément l'instrument de la convention de fusion, sans pour autant l'exclure formellement, le corps électoral communal est également compétent pour approuver la fusion¹⁹¹.

6. *L'approbation cantonale*

Une fois adoptée par les organes compétents de toutes les communes concernées, la convention de fusion est transmise aux *autorités cantonales* pour approbation. Dans les cantons ne connaissant pas l'instrument de la convention, la fusion doit également être approuvée par le canton.

La compétence d'approuver la fusion échoit, en principe, au *Grand Conseil*, qui rend un acte de nature décisionnelle ou adopte un acte normatif à cette fin¹⁹², le cas échéant exposé au référendum obligatoire

¹⁸⁸ Ce fut le cas de quelques parlements communaux dans le Val-de-Travers (canton de Neuchâtel) lors du vote du 2 avril 2007 sur l'approbation d'une convention de fusion des onze communes de cette vallée (voir *L'Express* du 3 avril 2007, p. 13). Le 17 juin 2007, deux communes sur onze ont refusé le projet de fusion (voir *L'Express* du 18 juin 2007, p. 5). Les neuf communes ayant approuvé la fusion étudient désormais, avec l'appui du canton de Neuchâtel, la possibilité d'entamer une procédure de fusion entre elles.

¹⁸⁹ Art. 134d, al. 3, 2^{ème} phrase, et 4, 2^{ème} phrase, LCo/FR; art. 151, al. 4, 2^{ème} phrase, Cst./VD.

¹⁹⁰ Art. 8, al. 5, LCo/GL.

¹⁹¹ Art. 84, al. 1, Cst./ZH; art. 84 Cst./NW et 8 al. 1 LCo/NW; § 69, ch. 3 LCo/ZG; § 190 LCo/SO; §§ 47, al. 1, ch. 18, et 48, let. b, de la loi du canton de Bâle-Campagne sur l'organisation et l'administration des communes du 28 mai 1970 (LCo/BL; RS/BL 180); art. 26, al. 1, let. c, de la loi schaffhouseoise sur les communes du 17 août 1998 (LCo/SH; RS/SH 120.100); art. 4 LFCo/SG.

¹⁹² § 3 al. 1 LCo/ZH; art. 3, al. 1, OCo/BE (Commission de justice, sous réserve du droit d'évocation du Grand Conseil); § 74, al. 2, nCst./LU; art. 118, al. 1, Cst./GL et 9, al. 1, LCo/GL; art. 134d, al. 5, LCo/FR; art. 47, al. 1, Cst./SO; § 58, al. 2, Cst./BS; § 46, al. 1, Cst./BL; art. 104, al. 1, Cst./SH; § 105, al. 1, Cst./AG et § 6, al. 2, LCo/AG; § 58, al. 2, Cst./TG; art. 9 LFusCom/VD; art. 141, al. 2, LCo/VS; art. 144 Cst./GE; art. 112, al. 1 *in fine*, Cst./JU et 18 DFCo/JU. Voir aussi SEILER (n. 3), p. 504, n° 50.

ou facultatif. La procédure d'approbation donne lieu à un examen juridique de la fusion, mais porte aussi, dans certains cantons, sur l'opportunité de celle-ci¹⁹³.

Le droit cantonal regorge de règles particulières. Ainsi, dans celui de Lucerne, chaque fusion fait l'objet d'une *loi cantonale d'approbation* soumise au référendum facultatif¹⁹⁴. L'approbation porte précisément sur la convention de fusion. Dans le canton d'Uri, les modifications territoriales sont approuvées par le Conseil d'Etat¹⁹⁵; cependant, la fusion de communes nécessite, en fin de processus, une révision de la Constitution cantonale¹⁹⁶. Le peuple du canton de Nidwald se prononce obligatoirement sur la fusion de communes¹⁹⁷. Dans le canton de Saint-Gall, la décision de fusion est soumise, pour approbation, au Département cantonal compétent¹⁹⁸. Une révision de la loi cantonale sur les communes est cependant ensuite requise¹⁹⁹. Dans le canton d'Argovie, le Grand Conseil est compétent pour approuver la fusion de communes et la convention y relative²⁰⁰, ainsi que pour adopter des dispositions d'exécution²⁰¹. Dans celui de Neuchâtel, la convention de fusion est transmise au Conseil d'Etat, pour sanction²⁰², qui n'intervient cependant qu'après l'approbation de la fusion par le Grand Conseil, au moyen d'une loi modifiant l'article 2 de la loi cantonale sur les communes (tableau sur les communes), soumise au référendum facultatif²⁰³. Dans le canton du Jura, la convention de fusion est approuvée par le Gouvernement²⁰⁴. Le Parlement approuve cependant chaque fusion par arrêté²⁰⁵. Le canton

193 Voir ZAHNER (n. 3), pp. 278-279 et les références.

194 Voir les lois figurant au Recueil systématique lucernois (RS/LU 157-159a).

195 Art. 66 al. 1, 2^{ème} phrase, Cst./UR.

196 Art. 67 Cst./UR (énumération des communes).

197 Art. 8, al. 1, et 74, al. 1 LCo/NW.

198 Art. 6 LFCo/SG.

199 Art. 16, al. 2, LFCo/SG et 13 de la loi saint-galloise sur les communes du 23 août 1979 (LCo/SG; RS/SG 151.2).

200 § 6, al. 2, LCo/AG.

201 § 8, al. 3, LCo/AG.

202 Art. 21, al. 5, RALFAC/NE.

203 Art. 21, al. 6, RALFAC/NE.

204 Art. 19, al. 2 *in fine*, DFCo/JU.

205 Art. 112, al. 1 *in fine*, Cst./JU et 18 DFCo/JU.

des Grisons connaît un système similaire²⁰⁶. Le gouvernement cantonal fixe les modalités de la fusion en cas de désaccord entre les communes sur les termes de la convention²⁰⁷. Dans celui du Tessin, qui ne connaît pas le mécanisme conventionnel, les modalités de la fusion sont définitivement arrêtées par le Grand Conseil²⁰⁸.

Dans plusieurs cantons, une révision de *la loi cantonale sur les communes* est formellement nécessaire lorsque celle-ci contient une énumération constitutive des communes²⁰⁹. Une telle énumération figure même dans certaines constitutions cantonales²¹⁰, auquel cas *une révision constitutionnelle* soumise au référendum obligatoire du peuple cantonal clôt la procédure de fusion.

Lorsque les communes qui fusionnent font partie de *plusieurs districts*, l'autorité cantonale compétente²¹¹ ou la convention de fusion²¹² désigne le district auquel est rattachée la nouvelle commune. Dans le canton des Grisons, le Conseil d'Etat décide en l'absence d'accord entre les communes concernées²¹³.

²⁰⁶ Art. 88 et 91, al. 2, LCo/GR.

²⁰⁷ Art. 91, al. 3, LCo/GR.

²⁰⁸ Art. 8 LFSCo/TI.

²⁰⁹ Voir, par exemple, art. 4 LCo/NW; § 55 LCo/ZG; § 35 LCo/BL; art. 16, al. 2 LFCo/SG et 13 LCo/SG; loi tessinoise concernant les circonscriptions des communes, des cercles et des districts du 25 juin 1803 (RS/TI 2.1.1.1); art. 2 LCo/NE et 21, al. 6, RALFAC/NE; art. 1, al. 1, de la loi genevoise sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (RS/GE B 6 05).

Dans le canton de Soleure notamment, l'énumération figure dans un acte distinct du Grand Conseil (*Verzeichnis der solothurnischen Gemeinden* du 28 octobre 1997; RS/SO 131.3).

²¹⁰ Art. 67 Cst./UR; § 23 Cst./SZ; art. 2, al. 1, Cst./OW; art. 148, al. 1, Cst./GL; § 57 Cst./BS; art. 2 Cst./AR; art. 15, al. 1, Cst./AI. Dans ce dernier canton, le territoire est divisé en « districts » (*Bezirke*), lesquels correspondent toutefois à des communes dans d'autres cantons (voir notamment l'art. 33 Cst./AI).

Étonnamment, la Constitution du canton de Schwyz prévoit que de nouvelles communes peuvent être créées, suite à une scission ou à une fusion, *par une loi* (§ 30, al. 4, Cst./SZ)! Il est vrai toutefois que le canton de Schwyz connaît le référendum législatif obligatoire (§ 30, al. 1, Cst./SZ). Dès lors, une éventuelle fusion d'une commune implique nécessairement une votation populaire cantonale portant, en dernier lieu, sur la révision de la Constitution cantonale.

²¹¹ § 3, al. 2, LCo/ZH; art. 3, al. 3, let. a, OCo/BE; art. 142 LCo/FR.

²¹² Art. 20 LFusCom/VD.

²¹³ Art. 90, al. 3, LCo/GR.

Un refus de l'autorité cantonale compétente n'est admissible, à notre sens, que si les communes ont été préalablement entendues: arrivées à ce stade de la procédure, elles sont légitimement en droit de demander à s'expliquer sur la fusion si l'autorité cantonale s'apprête à la refuser. L'approbation cantonale ou son refus peuvent faire ultimement l'objet d'un *recours en matière de droit public* devant le Tribunal fédéral²¹⁴. Une voie de recours peut être prévue par le droit cantonal. Devant le Tribunal fédéral, l'acte attaqué est, en principe, la décision finale²¹⁵. Aux conditions prévues par la législation fédérale, le recours peut porter sur des actes antérieurs²¹⁶.

Enfin, *l'absorption* d'une commune ou de plusieurs communes d'un canton par celui-ci requiert inévitablement une révision de la constitution cantonale. Il s'agit, en effet, d'une modification fondamentale de la structure cantonale du fait de la création d'un territoire exclusivement cantonal. On voit mal que cette opération se réalise au seul niveau d'une loi, fût-elle formelle.

7. *La mise en œuvre*

La mise en œuvre de la fusion suppose l'adoption de différents actes au niveau communal. *Un régime transitoire*, dans lequel doivent être clairement définies les responsabilités des organes des communes dissoutes et de celles qui subsistent, est pratiquement inévitable. Ainsi le droit cantonal comporte-t-il parfois des règles sur la désignation de certains organes pendant une phase de transition²¹⁷.

La fusion suppose que, avant²¹⁸ ou peu après son entrée en vigueur, soient élus ou nommés les membres *des organes de la commune* nouvellement créée ou absorbante. Cela dit, les élections communales peuvent être avancées ou retardées, de façon à permettre l'entrée en fonction des

²¹⁴ Art. 82 ss LTF. Voir, à propos du régime en vigueur avant la LTF, ZAHNER (n. 3), pp. 282-283.

²¹⁵ Art. 90 LTF.

²¹⁶ Voir en particulier l'art. 93 LTF.

²¹⁷ Voir notamment les art. 135-136 LCo/FR et l'art. 140, al. 2, LCo/VS.

²¹⁸ § 64 LCo/LU; art. 136, al. 1, LCo/FR; art. 13, al. 1, LFusCom/VD; art. 20, al. 1, DFCo/JU.

autorités de la nouvelle commune à une date déterminée²¹⁹. Ces ajustements sont dus au fait que les mandats électoraux prennent généralement fin en cours de l'année civile. Or il est préférable, pour des raisons budgétaires et comptables, de fixer l'entrée en vigueur d'une fusion au 1^{er} janvier.

Les règlements communaux doivent être adoptés ou révisés lors de la mise en œuvre de la fusion²²⁰. Plus rarement, la nouvelle commune décide de son nom et de ses armoiries à ce moment²²¹. Cependant, cette question est souvent réglée préalablement, dans la convention de fusion²²².

La fusion de communes peut aussi entraîner la fusion de *sociétés anonymes* de droit public, voire d'autres institutions de droit public ou même de droit privé. Le cas échéant, cette fusion collatérale est soumise à la loi fédérale sur les fusions²²³, voire à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence²²⁴, encore que les seuils de notification des opérations de concentration à la Commission de la concurrence sont suffisamment élevés²²⁵ pour ne pas concerner, en principe, les fusions d'entreprises provoquées par une fusion de communes.

Enfin, il convient d'évoquer le risque que la nouvelle commune ne respecte pas la convention de fusion lors de la mise en œuvre de celle-ci. A cet égard, le droit jurassien contient une norme, digne d'intérêt, susceptible de protéger tout ou partie des dispositions figurant dans celle-ci²²⁶.

²¹⁹ § 63, al. 2, LCo/LU; art. 11, al. 2, LFSCo/TI; art. 13, al. 2, LFusCom/VD; nouvel art. 37, al. 4, de la loi neuchâteloise sur les droits politiques du 17 octobre 1984 (RS/NE 141); voir aussi le § 13 LCo/ZH, qui habilite les organes compétents à provoquer des élections anticipées; voir enfin l'art. 10, al. 3, LCo/GL.

²²⁰ Voir *infra* IV, A.

²²¹ Voir, par exemple, le 12, al. 2, LCo/AG.

²²² Voir *supra* III, A, 4.

²²³ Voir l'art. 4 LFus concernant les fusions autorisées par la LFus.

²²⁴ Loi fédérale sur les cartels (LCart; RS 251).

²²⁵ Art. 9, al. 1, LCart; voir néanmoins l'art. 9, al. 4, LCart.

²²⁶ Art. 18, al. 3, DFco/JU: « Si les communes intéressées ont conclu une convention sur leur fusion (art. 19), le Parlement, sur proposition de celles-ci, détermine les dispositions de ladite convention qui ne peuvent pas être modifiées par la seule commune nouvelle ou élargie. Si, par la suite, la situation subit un changement

B. La fusion contrainte

1. L'existence d'une base constitutionnelle ou légale

La fusion contrainte suppose l'existence d'une base constitutionnelle ou légale. A défaut, l'article 5, alinéa 1, de la Constitution fédérale n'est pas respecté. Quelques cantons peuvent se prévaloir d'une telle base²²⁷. En outre, certaines constitutions cantonales contiennent une disposition habilitant le législateur ordinaire à introduire l'institution de la fusion contrainte en droit cantonal (*Kannvorschrift*), sans que cette habilitation ait toutefois été suivie d'effet jusqu'à présent²²⁸.

La décision de fusion est parfois prise par le constituant ou le législateur ordinaire du canton. Un scénario de ce type s'est produit à *la Landsgemeinde* qui s'est tenue le 7 mai 2006 dans le canton de Glaris, dont seules trois communes subsisteront à compter du 1^{er} janvier 2011²²⁹, sauf nouvelle révision constitutionnelle ! Une telle intégration de la décision de fusion dans une norme de rang constitutionnel ou législatif n'est pas nécessairement exclue par le droit supérieur. En l'absence d'une interdiction précise relevant de celui-ci, les cantons sont légitimés à se prévaloir de leur autonomie constitutionnelle. Le droit supérieur ne se désintéresse cependant pas complètement de cette question puisqu'il exige que les communes concernées soient entendues, voire consultées²³⁰. Or c'est précisément là que le bât blessait dans le canton de Glaris²³¹.

fondamental, la commune nouvelle ou élargie peut, avec l'accord du Gouvernement, modifier ou abroger de telles dispositions conventionnelles au moyen de ses règlements.»

227 Art. 135, al. 4, Cst./FR; art. 94 LCo/GR; art. 20, al. 3, Cst./TI et 9 LFSCo/TI; art. 135-136 LCo/VS.

Les cantons de Fribourg et des Grisons n'ont cependant connu, jusqu'à présent, aucune fusion contrainte reposant sur ces dispositions.

228 Art. 99, al. 2, let. b, Cst./SG. Ni la LCo/SG, ni la LFCo/SG ne mettent en œuvre cette norme constitutionnelle.

Art. 112, al. 3, Cst./JU: « Aux conditions et dans les cas exceptionnels prévus par la loi, le Parlement peut décider la fusion de deux ou plusieurs communes, ou la modification des limites entre communes. ». Ni la LCo/JU (voir son article 69a *a contrario*), ni le DFCO/JU ne mettent en œuvre cette norme constitutionnelle.

229 Art. 148, al. 1, Cst./GL.

230 Voir *infra* III, B, 3.

231 Voir *infra* III, B, 3, d.

2. *L'impulsion et les démarches préparatoires*

L'impulsion de la fusion contrainte vient généralement du canton²³². L'initiative populaire cantonale peut aussi être utilisée à cette fin. De surcroît, rien n'exclut qu'une commune demande au canton de contraindre une autre commune à la fusion²³³.

Les démarches préparatoires sont principalement effectuées par *les autorités cantonales*, lesquelles vont collecter des études et élaborer des propositions en vue de la fusion. La fusion contrainte est, du reste, généralement précédée d'une phase durant laquelle les autorités cantonales tentent de convaincre les communes concernées de fusionner de manière volontaire. Des pressions s'exercent parfois en ce sens. La fusion contrainte est, en réalité, généralement perçue comme une *ultima ratio*²³⁴.

3. *Le droit d'être entendu et la consultation*

a. Le fondement

aa. Les garanties cantonales

Certains droits cantonaux prévoient expressément qu'une commune soit *entendue* préalablement à une décision de fusion la concernant²³⁵. Ce droit est lié à l'autonomie communale, mais jouit d'une portée propre, en ce sens que son application n'est pas conditionnée par la violation de celle-ci. La situation est dès lors satisfaisante dans les cantons qui garantissent expressément le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure de fusion contrainte de communes.

ab. L'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale

Reste à examiner la situation des cantons qui n'octroient pas formellement à leurs communes le droit d'être entendues. Il y a lieu, tout d'abord,

²³² Voir notamment l'art. 136, al. 2, LCo/VS.

²³³ Art. 136, al. 2 *in fine*, LCo/VS; voir également § 74, al. 3, 1^{ère} phrase, nCst./LU.

²³⁴ Voir RDAT I-2001 3, 13 (TF, 12.03.2001) *Flavio Lepori* et *Comune di Sala Capriasca*, à propos du droit tessinois.

²³⁵ § 74, al. 3, 2^{ème} phrase, nCst./LU; Art. 135, al. 4, 2^{ème} phrase, Cst./FR; art. 94, al. 2, LCo/GR; art. 6 LFSCo/TI (préavis des communes); art. 26, al. 3, de la Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907 (Cst./VS; RS/VS 101.1) et 136, al. 1, LCo/VS. A propos du droit valaisan, voir ATF 131/2005 I 91, 95-96, *Municipalgemeinde Ausserbinn*.

d'observer que ce droit est ancré à l'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale. Selon le Tribunal fédéral, une commune peut se fonder sur cette disposition lorsqu'est en jeu une décision la contraignant à fusionner avec une ou plusieurs autres communes²³⁶. YVO HANGARTNER a récemment soutenu que, par nature, la fusion de communes est un acte de législation (*Akt der Rechtsetzung*) excluant l'application de l'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale²³⁷. Une telle approche est discutable. En effet, certains cantons recourent bel et bien à la figure de la décision lors de la fusion de communes²³⁸. Par ailleurs – si l'on raisonne par analogie –, dans la Constitution fédérale elle-même, la modification du territoire d'un canton est soumise *in fine* à l'approbation de l'Assemblée fédérale sous la forme d'un arrêté fédéral²³⁹, c'est-à-dire d'un acte qui n'est pas censé contenir des règles de droit²⁴⁰. Enfin, YVO HANGARTNER admet que les communes soient entendues dans le cadre d'une procédure de fusion, mais déduit leur droit à ce titre non pas de l'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale, mais de l'article 9 de celle-ci (interdiction de l'arbitraire)²⁴¹. La controverse est dès lors essentiellement doctrinale.

Il est vrai que le rattachement de l'exigence d'entendre les communes à l'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale est plus délicat lorsque

236 ATF 131/2005 I 91, 95, *Munizipalgemeinde Ausserbinn*; voir aussi TF (18.04.2006) 1P.242/2000, *Comunità di Aquila*, consid. 3.5 *in initio* (des extraits de cet arrêt, ne comprenant cependant pas le consid. 3.5, sont publiés in: RtiD II-2006 3-6), à propos de l'art. 29 Cst. d'une manière générale. Le Tribunal fédéral applique sans état d'âme l'article 29, al. 2, Cst. Sa jurisprudence est laconique sur ce point (STÉPHANE GRODECKI, note de jurisprudence, in: *RDAF* 2006, p. 469).

237 HANGARTNER (n. 156), p. 1413, n^{os} 5-6: « Der normative Inhalt einer Gebietsänderung (z.B. durch Fusion von Gemeinden) besteht somit in der Änderung und Neufestsetzung des für den Normalfall (soweit der Gesetzgeber nichts anderes bestimmt) geltenden räumlichen Geltungsbereichs der Bestimmungen einer Territorialkörperschaft. Der Beschluss über eine Gemeindefusion ist deshalb ein Akt der Rechtsetzung und keine Verfügung; ein Erlass, der den räumlichen Geltungsbereich rechtsetzender Erlasse festlegt und bestehender rechtsetzender Erlasse ändert, ist voraussetzungsgemäss selbst rechtsetzend und keine Anordnung im Einzelfall. » (n^o 6 *in fine*).

238 Voir notamment, à propos de la fusion volontaire, le § 3, al. 1, LCo/ZH (« *Beschluss des Kantonsrates* ») et les art. 4-5 LFCo/SG (« *Vereinigungsbeschluss* »).

239 Art. 53, al. 3, Cst.

240 Art. 163, al. 2, Cst.

241 HANGARTNER (n. 156), pp. 1413-1414, n^o 7.

la fusion résulte d'un acte normatif car, selon une jurisprudence bien établie, cette disposition ne vise pas les procédures législatives²⁴². Cela conduirait, à première vue, à exclure l'application du droit d'être entendu du seul fait que la « décision » de fusion relèverait d'une loi ou de la constitution cantonale. Une telle conséquence permettrait aux cantons de contourner de manière relativement aisée le droit d'être entendu. Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, un rattachement à la Constitution fédérale du droit d'être entendu d'une commune directement touchée par une procédure législative était concevable²⁴³. Le Tribunal fédéral déduisait ce droit de l'autonomie communale elle-même²⁴⁴. Cette approche était cependant sujette à caution car l'autonomie communale dépend du droit cantonal, lequel pourrait alors supprimer tout droit d'être entendu. La solution consistant à déduire ce droit de la garantie de l'existence d'une commune (*Bestandesgarantie*)²⁴⁵ prête à la même critique.

En revanche, un rattachement à l'article 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 pouvait venir à l'esprit, ne serait-ce que parce que cet article était sous-tendu par l'idée de justice, laquelle commande de consacrer le droit d'être entendu d'une commune dans une telle situation²⁴⁶, et qu'il présentait une certaine souplesse, illustrée par les nombreuses garanties procédurales qu'en a déduites le Tribunal fédéral. L'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 ne présente probablement pas le même degré de souplesse que l'article 4 précité. En ce sens, l'un n'équivaut pas à l'autre. Un rattachement constitutionnel n'est cependant plus indispensable aujourd'hui du fait que la Suisse est liée par la Charte.

²⁴² TF (12.11.2002) 2P.25/2000, *Résid'EMS*, consid. 4; TF (9.08.2002) 1P.118/2002 et 1P.268/2002, *Christian Grobet*, consid. 1.5.1; ATF 123/1997 I 63, 67 *Charles Beer*.

Voir spécialement MICHELE ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, thèse Berne, Berne 2000, pp. 177-179 et les références.

²⁴³ Voir MARTENET (n. 64), p. 264.

²⁴⁴ ATF 96/1970 I 234, 239, *Politische Gemeinde Bachs*.

²⁴⁵ ZAHNER (n. 3), p. 233.

²⁴⁶ HANGARTNER (n. 156), p. 1413, n° 7: « Es wäre aber willkürlich, nämlich in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufend, in einem solchen Fall [Gemeindefusion] kein rechtliches Gehör zu gewähren. »

ac. L'article 5 de la Charte européenne
de l'autonomie locale

La Charte consacre l'obligation de *consulter* les communes préalablement à toute modification territoriale les concernant²⁴⁷. Or, selon le Conseil fédéral lui-même, cette obligation vise tout particulièrement les fusion de communes²⁴⁸ et est directement applicable²⁴⁹.

Certes, la consultation n'équivaut pas, en bonne orthodoxie, au droit d'être entendu²⁵⁰. Dans le contexte de la fusion de communes, ils sont en réalité très proches pour quatre motifs au moins. Premièrement, le droit d'être entendu est une garantie flexible dont les contours varient en fonction de la procédure²⁵¹ et des normes en cause²⁵². Ainsi ne s'apparente-t-il pas à un monolithe, se distinguant, par essence, de la consultation. Deuxièmement, certains éléments de ce droit, étroitement liés à une procédure contentieuse – judiciaire ou administrative –, ne trouvent pas application, tels quels, dans une procédure de fusion de communes. Troisièmement, si le droit d'être entendu est certes une garantie formelle et individuelle de procédure, tandis que la consultation est plutôt destinée à rechercher un consensus politique²⁵³, l'article 5 de la Charte brouille cependant les cartes sur ce point. Du fait de son caractère directement applicable²⁵⁴, il confère pratiquement, à chaque commune touchée par une modification prévue de ses limites territoriales, *un droit d'être*

247 Art. 5 de la Charte (applicable à la Suisse: cf. l'art. 1, al. 2, de l'arrêté fédéral du 15 décembre 2004, RO 2005 2391). Voir notamment DANIEL THÜRER, « Schweizerische Gemeindeautonomie und die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung », in: FRANCIS CAGIANUT / WILLI GEIGER / YVO HANGARTNER / ERNST HÖHN (éd.), *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts – Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Berne/Stuttgart 1989, pp. 221-246, 232-233.

248 FF 2004 85. Voir déjà ERNST BUSCHOR, « Die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung », *ZBl.* 1983, pp. 97-113, 106.

249 FF 2004 80.

250 Voir ALBERTINI (n. 242), pp. 121-123.

251 ALBERTINI (n. 242), p. 475; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^{ème} éd., Berne 1999, p. 515.

252 MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz – Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller*, Berne 2005, p. 286 et les références jurisprudentielles.

253 ALBERTINI (n. 242), p. 122.

254 FF 2004 80.

consultée, quelle que soit la nature de l'acte en cause. Quatrièmement, il serait pour le moins surprenant et, en définitive, peu compatible avec l'esprit de l'article 5 de la Charte, que le seul choix de l'acte dans lequel la fusion est décidée affecte sensiblement l'étendue de la consultation ou de l'audition d'une commune. Pour ces différents motifs, une forme de droit d'être entendu se déduit, à notre sens, de cette disposition.

b. La portée

Le droit d'être entendu se décompose en divers éléments. Ainsi comprend-il notamment « le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre »²⁵⁵. Il convient d'ajouter le droit pour l'intéressé à être informé de la procédure par l'autorité, de se faire représenter ou d'être conseillé, de consulter le dossier, de voir ses allégués examinés et d'obtenir une décision motivée²⁵⁶. Ce droit porte avant tout sur des questions de *fait*²⁵⁷. Les parties doivent cependant être entendues sur des questions de *droit* lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des dispositions légales dont la prise en compte ne pouvait être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large²⁵⁸.

Tous ces éléments ne sont pas parfaitement adaptés à la procédure de fusion contrainte de communes entre elles ou avec le canton. Trois composantes sont néanmoins incontournables, à savoir le droit à *l'informa-*

²⁵⁵ ATF 129/2003 II 497, 504-505, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)* et les références jurisprudentielles.

²⁵⁶ Sur l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions, voir ATF 129/2003 I 232, 236, *Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich (SVP)*. Pour le surplus, voir ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève/Saint-Gall 2006, pp. 360-365, n^{os} 1680-1708; ALBERTINI (n. 242), p. 202 ss.

²⁵⁷ ATF 129/2003 II 497, 505, *EEF*.

²⁵⁸ ATF 129/2003 II 497, 505, *EEF* et les références jurisprudentielles. Sur cette question, voir spécialement ALBERTINI (n. 242), pp. 269-272 et 300 ss.

tion, celui de *s'exprimer* et de produire des pièces, ainsi que celui d'obtenir *une décision motivée*. Pour le surplus, les autres composantes ne trouvent application dans une procédure de fusion contrainte que pour autant qu'elles soient compatibles avec les spécificités de celle-ci.

c. Le moment de l'exercice

La consultation ou l'audition des communes doit intervenir avant qu'une décision ne soit définitivement prise²⁵⁹. A défaut, elle est vide de sens²⁶⁰. La consultation ou l'audition suppose que soient connus les termes essentiels de la fusion projetée, c'est-à-dire le type, les modalités et les conséquences essentielles de celle-ci ainsi que les communes concernées²⁶¹. En cas de modification substantielle de ces éléments, une seconde consultation ou audition s'impose.

d. Analyse critique de la récente révision de la Constitution glaronnaise

Lors *la Landsgemeinde* qui s'est tenue le 7 mai 2006 dans le canton de Glaris, le peuple a décidé de ne maintenir que trois communes dans le canton à compter du 1^{er} janvier 2011²⁶². Le constituant cantonal a même tenu à préciser que « [d]ans l'hypothèse où les communes [...] ne fusionneraient pas de leur propre initiative d'ici le 31 décembre 2010, la fusion serait effective dès le 1^{er} janvier 2011 sans qu'une décision soit encore nécessaire »²⁶³. Divers modèles avaient été élaborés par les autorités cantonales qui avaient finalement opté pour une structure comportant dix communes²⁶⁴. La décision de la Landsgemeinde représenta une

259 Voir, par analogie, ATF 129/2003 II 497, 504-505, *EEF*, à propos du droit d'être entendu.

260 Voir, par analogie, les art. 28, al. 2, 50 et 77, al. 1, LFus.

261 Voir l'art. 6 LFSCo/TI qui prévoit que les communes statuent sur le projet élaboré par le Conseil d'Etat, comprenant, le cas échéant, des variantes.

262 Art. 148, al. 1, Cst./GL. Voir le Message du Conseil fédéral concernant la garantie des Constitutions révisées des cantons de Berne, de Schwyz, de Glaris, d'Appenzell Rhodes-Intérieures et de Vaud, du 10 janvier 2007: FF 2007 581, 585-590.

263 Art. 148, al. 4, Cst./GL.

264 Voir ATF 132/2006 I 291, 292, *Leuzinger*.

surprise²⁶⁵. Un recours pour violation des droits politiques fut cependant rejeté par le Tribunal fédéral²⁶⁶.

Dans son message concernant la garantie de cette révision constitutionnelle, le Conseil fédéral n'a abordé que de manière très superficielle la question du respect de l'article 5 de la Charte²⁶⁷. Il se fonde sur la pratique relativement récente de l'Assemblée fédérale consistant à refuser d'examiner, dans le cadre de la procédure de garantie, les questions relatives au droit de vote²⁶⁸. Ainsi conclut-il que « [r]ien ne justifierait au demeurant que les autorités de garantie s'abstiennent de vérifier le processus d'adoption des normes constitutionnelles cantonales lorsqu'il s'agit de questions relatives au droit de vote, mais qu'elles procèdent à cet examen lorsque sont discutées des exigences relatives au processus d'adoption »²⁶⁹. Cette analogie prête à la critique. En effet, la voie du recours pour violation des droits politiques est clairement ouverte au Tribunal fédéral²⁷⁰, tandis que la recevabilité d'un recours d'une commune contre la procédure d'adoption d'une norme constitutionnelle est, au mieux, extrêmement douteuse. Si elle est légitimée à se plaindre de la violation de son autonomie, une commune peut faire valoir d'autres griefs pour autant que ceux-ci se trouvent dans un rapport étroit avec le premier²⁷¹. Cette jurisprudence s'applique notamment au droit d'être entendu²⁷². Cependant, lorsqu'une norme constitutionnelle est en cause – comme c'était le cas dans le canton de Glaris –, une commune ne peut,

265 Voir ATF 132/2006 I 291, 295, *Leuzinger*: « Übrigen liegt es in der Natur einer Gemeindeversammlung oder Landsgemeinde [...], dass mit Überraschungen zu rechnen ist. »

266 ATF 132/2006 I 291, 294-296, *Leuzinger*, dans lequel le TF a considéré que la proposition d'amendement litigieuse (réduction à trois communes) était objectivement en lien avec le projet du Grand Conseil et était, par conséquent, admissible.

267 FF 2007 590.

268 BO/CE 1997 228-229.

269 FF 2007 590.

270 Voir désormais les art. 82, let. c, et 89, al. 3, LTF.

271 ATF 129/2003 I 313, 319, *Commune municipale de N.* et les références jurisprudentielles. Voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 78), p. 747, n° 2128; HANSJÖRG SEILER, in: HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Berne 2007, pp. 369-370, n° 55.

272 ATF 116/1990 Ia 52, 54, *Commune de Fribourg*.

en principe, pas établir une violation de son autonomie car la norme vient se placer au sommet du droit cantonal, qui est le siège de la matière de l'autonomie communale²⁷³. Il faudrait que le Tribunal fédéral considère que le droit d'être consulté dans une procédure de révision constitutionnelle fait intrinsèquement partie de l'autonomie communale sans que les cantons n'y puissent rien changer. Or il n'a jamais franchi ce pas²⁷⁴. En l'espèce, aucun recours n'avait d'ailleurs été formé par une commune. Tant l'article 50, alinéa 1, de la Constitution fédérale que la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral sur l'autonomie communale indiquent que celle-ci est définie par le droit cantonal²⁷⁵ et non pas par le droit international. Or, c'est bel et bien le respect d'une norme internationale – l'article 5 de la Charte – qui était en jeu en l'espèce. A cet égard, il appartient à toutes les autorités fédérales de veiller au respect des engagements pris par la Confédération. Une autorité fédérale compétente ne saurait se défausser et renvoyer la balle à une autre autorité dont la compétence n'est pas clairement établie.

En passant, on observera que l'article 89, alinéa 2, lettre c, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, ne renvoie pas au droit international²⁷⁶. A l'avenir, si une situation similaire à celle évoquée ci-dessus se présentait, il serait, à notre sens, exclu de refuser d'examiner, dans la procédure de garantie, le respect de l'article 5 de la Charte, au motif que le Tribunal fédéral est compétent pour examiner tout litige y relatif. Un tel refus ne sera justifié que lorsque notre Haute Cour aura rendu un arrêt dans lequel elle reconnaît expressément la qualité pour recourir d'une

²⁷³ Art. 50, al. 1, Cst.

²⁷⁴ Même dans l'ATF 96/1970 I 234, 239, *Politische Gemeinde Bachs*, le TF a déduit le droit d'être entendu de l'autonomie communale *telle que garantie par le droit cantonal*.

²⁷⁵ Voir notamment 131/2005 I 333, 341 et les références jurisprudentielles, *Société coopérative d'habitation de Lausanne*: « Selon la jurisprudence, une commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale en conférant aux autorités municipales une appréciable liberté de décision... »

²⁷⁶ Art. 89, al. 2, let. c, LTF: Ont qualité pour recourir « les communes et les autres collectivités de droit public qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale ». Un éventuel recours formé par une commune contre la révision constitutionnelle adoptée par la Landsgemeinde de Glaris le 7 mai 2006 aurait toutefois encore été régi par la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943.

commune pour violation de l'article 5 de la Charte notamment – ce qui, au demeurant, se justifie à notre avis.

Une éventuelle consultation des communes sur une réduction de leur nombre à dix ne dispense pas, à notre sens, de procéder à une nouvelle consultation si les autorités cantonales optent ensuite pour une structure à trois communes. A défaut, l'article 5 de la Charte risquerait de se voir aisément contourné. Certes, le Conseil fédéral explique que « [l]a lecture du mémorial de la Landsgemeinde démontre que le canton de Glaris a veillé à ce que les communes collaborent sous diverses formes aux restructurations les concernant »²⁷⁷. Cependant cette collaboration intervient après la décision de fusion (*ex post*) qui – rappelons-le – deviendra définitive le 1^{er} janvier 2011²⁷⁸, sauf nouvelle révision constitutionnelle²⁷⁹, alors que l'article 5 de la Charte impose une consultation préalable à la décision (*ex ante*). Cette disposition n'a pas été respectée, dès lors la garantie aurait dû être refusée. Un tel refus n'empêcherait pas, au reste, que la réforme prévue soit soumise à une prochaine Landsgemeinde, après consultation des communes. D'une manière générale, il est hautement regrettable que le Conseil fédéral se contente d'une analyse trop superficielle de la problématique et parvienne à une conclusion pour le moins sibylline: « De toute évidence, il n'y a pas d'irrégularité si évidente ou si patente qu'elle justifierait un refus de la garantie »²⁸⁰. Le Conseil fédéral n'a pas pris la Charte au sérieux. On ne peut que déplorer une telle attitude.

L'Assemblée fédérale a suivi la proposition du Conseil fédéral d'octroyer la garantie à la réforme constitutionnelle glaronnaise²⁸¹. Cette dernière n'a suscité que quelques interventions au Conseil des Etats. Il est inac-

²⁷⁷ FF 2007 590.

²⁷⁸ Art. 148, al. 4, Cst./GL.

²⁷⁹ Un comité a été créé avec pour objectif de parvenir à convoquer une Landsgemeinde extraordinaire, à laquelle il serait proposé de revenir sur la décision de ne garder plus que 3 communes dans le canton (cf. NZZ du 11 juin 2007, p. 11). Le 3 septembre 2007, la Chancellerie du canton de Glaris a confirmé l'aboutissement d'une initiative populaire lancée par les opposants à la réforme de la structure du canton. Une Landsgemeinde extraordinaire devrait être convoquée à la fin de l'année 2007 pour permettre au peuple glaronnais de se prononcer une nouvelle fois sur cette réforme (cf. NZZ du 4 septembre 2007, p. 16).

²⁸⁰ FF 2007 590.

²⁸¹ FF 2007 4689-4690. Voir aussi BO CE 2007 322-324 et BO CN 2007 933.

ceptable que les incertitudes et les doutes exprimés en plénum²⁸² n'aient pas conduit à un approfondissement de l'analyse, compte tenu du fait qu'était en jeu une norme internationale – directement applicable qui plus est. Un Sénateur glaronnais a conclu à la conformité de la réforme au droit supérieur en s'appuyant sur le fait que toute commune avait la possibilité de faire une proposition en Landsgemeinde, conformément à l'article 58, alinéa 1, 2^{ème} phrase, de la Constitution du canton de Glaris²⁸³. Une telle faculté ne remplace toutefois pas une consultation préalable, tout particulièrement en ce qui concerne des collectivités publiques. En effet, celles-ci auront les plus grandes difficultés à arrêter immédiatement – sans avoir pu réunir leurs organes compétents – la position à adopter face à une proposition inattendue faite en Landsgemeinde. L'absence de proposition en Landsgemeinde ne saurait, dans ce contexte tout spécialement, être assimilée à une renonciation à une consultation préalable.

4. *La décision de fusion*

La décision de fusion relève du *Grand Conseil*²⁸⁴. Elle est généralement soumise au référendum obligatoire ou facultatif²⁸⁵. Le recours en matière de droit public est ultimement ouvert devant le Tribunal fédéral²⁸⁶ et peut être formé, en particulier, par une commune pour violation de

282 BO CE 2007 322 (TRIX HEBERLEIN, rapporteur): « Die Frage, ob vor diesem Entscheid eine genügende Anhörung stattgefunden habe oder nicht, kann nicht klar beantwortet werden. »; voir aussi BO CE 2007 324 (CHRISTOPH BLOCHER, Conseiller fédéral): « Darum [...] haben wir gesagt, es seien nicht offensichtliche und nicht ins Auge springende Unregelmässigkeiten; nur das hatten wir zu prüfen. Weil diese nicht vorlagen, ist es unseres Erachtens auch klar, dass die Gewährleistung erteilt werden kann. Ob es ganz einwandfrei ist, mussten wir nicht prüfen, weil das für die Gewährleistung nicht massgebend ist. »

283 BO CE 2007 323 (FRITZ SCHIESSER).

284 § 74, al. 3, nCst./LU; Art. 135, al. 4, et 105, let. f, Cst./FR; art. 94 LCo/GR; art. 9 LFSCo/TI (majorité des membres); art. 135 et 136, al. 1, LCo/VS.

285 Voir, par exemple, § 74, al. 3, 3^{ème} phrase, nCst./LU (référendum facultatif). Pour une règle différente, voir l'art. 94, al. 3, LCo/GR: « Der Beschluss des Grossen Rates ist endgültig. »

286 Lorsque la « décision » de fusion résulte d'une norme constitutionnelle, le recours pour violation des droits politiques est ouvert; celui pour violation de l'autonomie communale devrait également l'être, compte tenu de la pratique des autorités politiques fédérales, mais le TF ne s'est pas encore prononcé sur ce dernier point (voir *supra* III, B, 3, d).

son autonomie²⁸⁷ et, en cas de votation populaire, par un membre du corps électoral pour violation des droits politiques²⁸⁸.

Les cantons sont-ils contraints, de par l'article 86, alinéa 2, de la loi sur le Tribunal fédéral, d'ouvrir un recours devant un tribunal cantonal supérieur contre la décision du Grand Conseil? A notre sens, ils peuvent juger que celle-ci revêt un « caractère politique prépondérant », si bien qu'elle relève du Grand Conseil sans qu'une voie de recours ne soit ouverte au niveau cantonal²⁸⁹. Certes, le Tribunal fédéral a récemment qualifié d'acte administratif (*Verwaltungsakt*) la décision de fusion²⁹⁰, il l'a cependant fait pour appliquer l'exigence du droit d'être entendu. Une telle qualification dans ce contexte n'exclut pas, à notre sens, qu'un canton se retranche derrière l'article 86, alinéa 3, de la loi sur le Tribunal fédéral. D'ailleurs, dans pratiquement tous les cantons, le parlement ou le peuple cantonal est amené à se prononcer sur les fusions de communes. Des modifications législatives, voire constitutionnelles, sont souvent requises. Ainsi la procédure de fusion est-elle perçue par les cantons eux-mêmes comme comportant une dimension politique très marquée.

Enfin, signalons qu'en cas d'absorption d'une ou plusieurs communes par le canton, une révision de *la constitution cantonale* serait requise – et ce quel que soit le canton concerné –, en raison du changement fondamental de la structure cantonale qu'elle appelle.

5. *La mise en œuvre*

La mise en œuvre d'une décision de fusion relève largement des communes, y compris en cas de fusion contrainte. Les communes ne sau-

²⁸⁷ Voir notamment ATF 131/2005 I 91, 93-94, *Munizipalgemeinde Ausserbinn* (recours de droit public, au sens des art. 84 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943; cf. ZAHNER [n. 3], p. 284). Sous l'empire de la LTF, le recours en matière de droit public est désormais ouvert, que la « décision » de fusion relève d'un acte normatif ou d'un acte individuel et concret (art. 82, let. a et b LTF). En effet, il s'agit d'une matière relevant du droit public qui n'est couverte par aucun des motifs d'exclusion de l'art. 83 LTF. En cas de recours contre un acte normatif, la commune doit démontrer que celui-ci viole son autonomie telle qu'elle est garantie par une ou plusieurs normes de rang supérieur.

²⁸⁸ Voir notamment ATF 132/2006 I 291, *Leuzinger* (votation en Landsgemeinde). Voir notamment ZAHNER (n. 3), p. 284.

²⁸⁹ Art. 86, al. 3, LTF.

²⁹⁰ ATF 131/2005 I 91, 95, *Munizipalgemeinde Ausserbinn*.

raient évidemment remettre en question, à cette occasion, la fusion et ses termes essentiels ayant fait l'objet de la « décision » cantonale. Elles disposent néanmoins d'une certaine marge de manœuvre. A cet égard, il est intéressant de constater que l'instrument conventionnel peut faire son apparition à ce stade de la procédure, puisqu'une décision de fusion contrainte peut donner lieu à *une convention* de mise en œuvre conclues par les communes concernées²⁹¹. Une telle convention est soumise à l'approbation de l'autorité cantonale compétente, le Conseil d'Etat ou le Grand Conseil²⁹². La surveillance cantonale s'exerce enfin sur la mise en œuvre de la fusion par les communes concernées²⁹³.

IV. Les conséquences de la fusion

Les conséquences d'une fusion sont multiples. Par la fusion s'opère un transfert par succession universelle entre la ou les communes dissoutes ou absorbées et la commune nouvellement créée ou absorbante (A). La continuité, notamment du service public, en est une seconde conséquence (B). La fusion a également des implications financières qui seront examinées séparément (V).

A. Le transfert par succession universelle

La totalité des actifs et des passifs de la commune dissoute est transférée *par succession universelle*²⁹⁴ à la commune nouvellement créée ou absorbante²⁹⁵. Les législations cantonales²⁹⁶ et, en tout cas, les conventions

²⁹¹ Voir l'art. 141 LCo/VS.

²⁹² Voir spécialement l'art. 141, al. 2, LCo/VS.

²⁹³ Pour le surplus, voir *supra mutatis mutandis* III, A, 7, à propos de la fusion volontaire.

²⁹⁴ Sur cette notion, voir, par analogie, THOMAS PROBST, in: LUC THÉVENOZ / FRANK WERRO (éd.), *Code des obligations I*, Genève/Bâle/Munich 2003, p. 941, n° 19 ad Intro. Art. 175-183, à propos du droit privé.

²⁹⁵ Voir spécialement ZAHNER (n. 3), p. 131; voir aussi JAAG (n. 10), p. 163, n° 2250.

²⁹⁶ § 9, al. 1, LCo/ZH; § 62 LCo/LU; art. 9, al. 1, LCo/NW; art. 10, al. 1, 1^{ère} phrase, LCo/GL; art. 140 LCo/FR; art. 11 LFCo/SG; § 8, al. 1, LCo/AG; art. 10, al. 1, LFusCom/VD; art. 140, al. 1, LCo/VS; art. 70 LCo/JU et 22, al. 1, DFCo/JU.

de fusion²⁹⁷ rappellent ce point. Au reste, un transfert sur la base d'un inventaire des actifs et passifs serait très difficile à réaliser, raison pour laquelle cette solution n'a été retenue ni dans les droits cantonaux, ni dans les modèles de convention de fusion élaborés par les cantons. Le transfert par succession universelle englobe aussi, en principe, les droits des communes ainsi que leurs engagements de nature *contractuelle et conventionnelle*²⁹⁸. Concrètement, un engagement contracté par une commune passe – sous réserve de dénonciation en bonne et due forme ou de clause contraire – à la commune nouvellement créée ou absorbante²⁹⁹.

En revanche, *les actes normatifs* d'une commune dissoute ne sont pas automatiquement transférés à la commune nouvellement créée ou absorbante³⁰⁰. Il arrive néanmoins que la convention de fusion désigne les actes normatifs qui survivent à la fusion³⁰¹. Par ailleurs, plusieurs législations cantonales maintiennent en vigueur, pendant une période transitoire, des actes normatifs des communes dissoutes jusqu'à l'adoption de nouveaux actes normatifs³⁰².

La participation à des entités intercommunales ou d'une autre nature est aussi potentiellement régie par le principe de la succession uni-

²⁹⁷ Art. 19, al. 1, du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes (disponible à l'adresse internet suivante : http://www.jgk.be.ch/site/fr/agr_gemeinden_reformen_fusion); art. 5 du modèle fribourgeois de convention de fusion (disponible auprès du Service des communes); art. 4.1 du modèle neuchâtelois de convention de fusion (disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=13229>).

²⁹⁸ Art. 9, al. 1, LCo/NW; art. 9, al. 1, 1^{ère} phrase, LCo/GL. Voir aussi les art. 19, al. 2, du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes, 15 du modèle fribourgeois de convention de fusion et 4.5 du modèle neuchâtelois de convention de fusion.

²⁹⁹ Pour une règle différente, voir l'art. 15 LFCo/SG, qui met sur le même pied les actes normatifs et les instruments de nature conventionnelle (*Vereinbarungen*).

³⁰⁰ Voir ZAHNER (n. 3), pp. 132-134.

³⁰¹ Voir, par exemple, l'art. 17 de la Convention de fusion entre les communes vaudaises de Cully, Epesses, Grandvaux, Riex et Villette (fusion refusée en votation populaire le 27 février 2005).

³⁰² Art. 10, al. 5, LCo/GL (délai de six ans); art. 15 LFCo/SG (délai de trois ans); art. 12 LFusCom/VD (al. 2: «La promulgation d'une nouvelle réglementation doit se faire dans les meilleurs délais.»). Voir aussi l'art. 28 du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes.

verselle³⁰³. Si toutes les communes concernées font partie de la même entité avant la fusion, la commune nouvellement créée ou absorbante maintient logiquement cette participation. Lorsque seules certaines des communes concernées font partie de la même entité, la question est évidemment plus complexe³⁰⁴ et est généralement réglée peu avant ou après la fusion³⁰⁵ : elle peut notamment faire l'objet d'une disposition dans la convention de fusion ; le cas échéant, une modification des statuts de l'entité concernée sera requise, selon des règles propres à cette dernière. Si une commune nouvellement créée ou absorbante ne reprend pas une participation d'une commune absorbée, alors une dénonciation selon les règles prévues à cet effet est nécessaire. Cela peut se traduire par le paiement d'une indemnité ou par l'obligation de maintenir cette participation pour un certain temps encore.

Le personnel est en principe transféré à la commune nouvellement créée ou absorbante³⁰⁶, sous réserve d'exceptions figurant dans la convention de fusion ou un autre acte. Le canton du Tessin a opté pour une solution très différente puisque la fusion met un terme, dans un délai de trois mois, aux rapports de travail du personnel des communes qui fusionnent³⁰⁷. Des indemnités peuvent être allouées aux personnes qui ne seraient pas réengagées³⁰⁸. En pratique toutefois, le projet de fusion adopté par le Conseil d'Etat contient des indications précises sur le réengagement des personnes employées par les diverses communes fusionnant.

La responsabilité pour les actes d'une commune dissoute passe à la commune nouvellement créée ou absorbante, ce qui ne fait toutefois

303 Voir, par exemple, l'art. 10 du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes (participation à des syndicats de communes) et l'art. 4.4 du modèle neuchâtelois de convention de fusion.

304 Sur cette problématique, voir spécialement ZAHNER (n. 3), pp. 329-336, qui examine diverses situations.

305 Voir l'art. 13 LFSCo/SG (« *Mitgliedschaft im Zweckverband* »).

306 Dans le même sens, ZAHNER (n. 3), pp. 316-318. Voir notamment l'art. 18 du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes et l'art. 4.6 du modèle neuchâtelois de convention de fusion (1^{ère} variante).

307 Art. 15, al. 1, LFSCo/TI; voir aussi l'art. 4.6 du modèle neuchâtelois de convention de fusion (3^{ème} variante).

308 Art. 15, al. 3-4, LFSCo/TI.

nullement disparaître l'éventuelle responsabilité individuelle des membres des anciens organes³⁰⁹.

B. La continuité

En dehors des questions liées au transfert par succession universelle, la fusion maintient plus généralement une forme de *continuité* pour les administrés. *Les services publics communaux* doivent être offerts sans interruption. Le principe de continuité constitue d'ailleurs un principe fondamental du service public³¹⁰.

Les personnes au bénéfice du *droit de cité* d'une commune dissoute acquièrent automatiquement le droit de cité de la commune nouvellement créée ou absorbante³¹¹. Sur ce plan également, une forme de continuité est garantie. *Les relations* de la commune dissoute avec l'extérieur sont reprises par la commune nouvellement créée ou absorbante.

Enfin, le droit cantonal comporte parfois des règles particulières dans les cantons qui connaissent à la fois l'institution de *la commune politique* (*Einwohnergemeinde*) et celle de *la commune bourgeoise* (*Bürgergemeinde*). Dans le canton de Berne, par exemple, le statut des paroisses et des communes bourgeoises demeure inchangé en cas de fusion des communes politiques³¹². Un régime différent s'applique aux communes mixtes³¹³. Dans le canton du Jura, seules les communes municipales et mixtes tombent dans le champ d'application du décret sur les fusions de communes³¹⁴. Dans d'autres cantons, en revanche, la fusion

³⁰⁹ Voir notamment l'art. 19, al. 2, du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes.

³¹⁰ Sur ce point, voir, dans l'optique du droit suisse, VINCENT MARTENET, « La notion de service public en droit suisse », in: THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le service public*, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 9-46, 33.

³¹¹ § 9, al. 2, LCo/ZH; art. 6, al. 1, OCo/BE; § 65, al. 1, LCo/LU; art. 9, al. 2, LCo/NW; art. 12 LFCo/SG; § 8, al. 2, LCo/AG; art. 11 LFusCom/VD; art. 20, let. g, RALFAC/NE et art. 5.1 du modèle neuchâtois de convention de fusion; art. 22, al. 2, DFCo/JU.

³¹² Art. 7 du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes.

³¹³ Art. 8 du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes.

³¹⁴ Art. 2 DFCo/JU.

des communes politiques entraîne celle des communes bourgeoises correspondantes³¹⁵.

V. Les enjeux financiers

La fusion de communes entre elles ou avec le canton est sous-tendue par divers enjeux financiers. Plusieurs législations cantonales prévoient de favoriser les fusions communales par le biais d'aides et incitations financières (A). Une fusion conduit, par ailleurs, à des modifications en matière de fiscalité (B) et de péréquation financière (C). Enfin, une question délicate porte sur l'éventuelle protection accordée aux tiers dans le cadre d'une fusion et suite à celle-ci (D).

A. Les aides et incitations financières

Les aides financières stricto sensu, destinées à couvrir tout ou partie des coûts liés à une fusion³¹⁶, visent à faire tomber ou, au moins, à abaisser l'obstacle qu'ils peuvent représenter à sa réalisation. Ainsi, plusieurs législations cantonales en prévoient l'octroi, notamment pour des frais d'études ou de projets³¹⁷, alors que d'autres précisent que le canton ne perçoit aucune taxe ou émolument au titre de la fusion³¹⁸.

³¹⁵ Voir, par exemple, l'art. 89, al. 1, LCo/GR et le § 7, al. 1, LCo/AG.

³¹⁶ Voir spécialement les art. 18 et 20 (frais de projet) et 22 (surcroît de dépenses) LFCo/SG; voir aussi le § 4, al. 1, let. b, de l'ordonnance lucernoise sur le soutien aux projets de développement des communes, du 24 septembre 2003 (*Verordnung über die finanzielle Unterstützung von Gemeindeentwicklungsprojekten*, VFUG/LU; RS/LU 154), ainsi que les art. 118, al. 3, Cst./GL et 9, al. 3, LCo/GL (aides relatives à la réorganisation de l'administration communale).

³¹⁷ Art. 34, al. 2, de la loi bernoise sur la péréquation financière et la compensation de charges du 27 novembre 2000 (LPFC/BE; RS/BE 631.1); art. 9, al. 1, let. d, de la loi schaffhouseoise sur la péréquation financière du 17 mai 2004 (LPF/SH; RS/SH 621.100); art. 19a, al. 2, de la loi grisonne sur la péréquation financière intercommunale du 26 septembre 1993 (LPFI/GR; RS/GR 720.350); § 8a, al. 1, LCo/AG; art. 131 LCo/VS et 8 de l'ordonnance valaisanne sur les fusions de communes du 8 juin 2005 (OFusCo/VS; RS/VS 175.100); art. 16 RALFAC/NE; art. 8 DFCo/JU (prise en charge de la moitié des frais de fonctionnement des comités intercommunaux).

³¹⁸ Art. 151, al. 3 *in fine*, Cst./VD et 1, al. 3, LFusCom/VD; voir aussi le § 8a, al. 2, LCo/AG.

Certains cantons versent aux communes des contributions qui ne sont pas directement liées aux coûts de la fusion et s'analysent plutôt comme *des mécanismes incitatifs* ou *des aides* destinées à atténuer l'éventuel impact négatif, sur le plan financier, d'une fusion sur l'une ou l'autre commune concernée³¹⁹. De telles aides ou incitations sont parfois soumises à conditions³²⁰. Dans d'autres cantons, les communes qui fusionnent jouissent d'un véritable droit aux aides et incitations prévues³²¹. Les communes souhaitant fusionner bénéficient souvent de la faculté d'être informées préalablement par le canton du versement qu'elles peuvent escompter³²².

Dans plusieurs cantons, ces aides et incitations financières sont calculées sur la base d'un montant fixe multiplié par le nombre d'habitants des communes concernées³²³, en tenant éventuellement encore compte de la capacité financière de celles-ci³²⁴. La participation de plus de deux communes à une fusion est susceptible d'affecter, à la hausse, le mon-

³¹⁹ Sur ce point, voir notamment SYLVIE ROBERT-PROGIN / NICOLAS GIGANDET, *Incitations financières cantonales à la fusion de communes*, Working paper de l'Idheap 2/2006, Chavannes-près-Renens 2006; ZAHNER (n. 3), p. 160 ss.

³²⁰ Art. 3 de la loi bernoise sur l'encouragement des fusions de communes du 25 novembre 2004 (LFCo/BE; RS/BE 170.12); art. 4 DFusCom/FR: « Pour obtenir l'aide, la nouvelle commune doit en principe constituer une entité culturelle, économique et géographique ainsi que tenir compte si possible des besoins des communes avoisinantes. » (al. 1). On n'imagine cependant guère que seule cette condition fasse obstacle au versement de l'aide financière.

³²¹ Voir spécialement l'art. 24, al. 1, LFusCom/VD.

³²² Art. 9, al. 1 et 2, LFCo/BE; § 6 VFUG/LU; art. 27 LFusCom/VD; art. 9 OFusCo/VS; art. 21, al. 2, RALFAC/NE; voir aussi l'art. 19, al. 1, DFCo/JU.

³²³ Art. 4-5 LFCo/BE; § 190bis, al. 1, LCo/SO; art. 25-29 LFusCom/VD et décret du Grand Conseil vaudois sur l'incitation financière aux fusions de communes du 25 janvier 2005 (DIFFusCom/VD; RS/VD 175.611).

³²⁴ Art. 5 DFusCom/FR: « L'aide financière est calculée en multipliant, pour chacune des communes fusionnées, le montant de 400 francs par le chiffre de leur population légale, pondéré par l'inverse de l'indice de leur capacité financière. » (al. 1); art. 130 LCo/VS et 4-6 OFusCo/VS; art. 5, al. 3, et 8, al. 3, de la loi neuchâteloise sur le fonds d'aide aux communes du 3 décembre 2001 (LFAC/NE; RS/NE 172.41), art. 17 RALFAC/NE et décret du Grand Conseil neuchâtelois relatif à l'utilisation du solde du fonds destiné aux réformes de structures des communes du 29 mars 2006 (DUSFAC/NE; RS/NE 171.155); art. 12 DFCo/JU, un fonds d'aide aux fusions étant constitué dans ce canton (art. 36-37 de la loi jurassienne concernant la péréquation financière du 20 octobre 2004 [RS/JU 651]).

tant des aides ou incitations³²⁵. Un plafond est, en principe, prévu³²⁶, et les versements sont limités ou exclus en cas de fusions successives³²⁷. L'octroi de contributions financières suppose souvent que la fusion soit réalisée dans un laps de temps donné³²⁸, ce qui renforce l'effet incitatif. Le montant de l'incitation peut aussi dépendre du moment où la fusion est décidée au niveau des communes concernées³²⁹.

Les cantons de Lucerne, de Glaris, de Schaffhouse, de Saint-Gall, d'Argovie, de Thurgovie et du Tessin n'ont, quant à eux, pas défini un mode de calcul précis dans leur législation, mais se sont bornés à poser quelques principes³³⁰. Dans le canton de Lucerne, le but de l'aide et les

³²⁵ Art. 6 LFCo/BE et 34, al. 3, LPFC/BE; art. 26 LFusCom/VD: «Lorsque deux communes fusionnent, le multiplicateur est de 1. Il est majoré de 0,1 unité pour chaque commune supplémentaire participant à la fusion.» (al. 2) et art. 3 DIFFusCom/VD; art. 7 OFusCo/VS.

³²⁶ Art. 5, al. 2, LFCo/BE (prise en compte de 1000 habitants au maximum par commune dans le calcul de l'aide); art. 6 DFusCom/FR (prise en compte de 1500 habitants au maximum par commune dans le calcul de l'aide); § 190bis, al. 1, LCo/SO (100 francs par habitant, mais montant minimum de 50 000 francs et maximum de 500 000 francs); art. 25, al. 2, LFusCom/VD (prise en compte de 1500 habitants au maximum par commune, et de 3000 pour l'ensemble des communes qui fusionnent, dans le calcul de l'aide); art. 4, al. 3, OFusCo/VS (montant minimum de 300 000 francs et maximum de 1 000 000 de francs par commune), voir cependant les art. 5-6 de cette ordonnance; art. 18 RALFAC/NE (prise en compte de 2500 habitants au maximum par commune dans le calcul de l'aide, un plafond plus élevé, de 5000 habitants au maximum, pouvant exceptionnellement être admis pour des communes de plus de 10 000 habitants); art. 12, al. 3, DFCo/JU (prise en compte de 1000 habitants au maximum par commune dans le calcul de l'aide).

³²⁷ Art. 7 LFCo/BE; art. 7 DFusCom/FR; § 190bis, al. 2, LCo/SO; art. 25, al. 4, LFusCom/VD; art. 130, al. 4, LCo/VS et 11 OFusCo/VS; art. 19 RALFAC/NE; art. 12, al. 4, DFCo/JU.

³²⁸ Art. 12, al. 2, LFCo/BE (loi valable pendant 12 ans); art. 10, al. 2, DFusCom/FR (demande d'aide financière avant le 31 décembre 2004, approbation de la convention au niveau communal avant le 30 avril 2005 et entrée en vigueur avant le 1^{er} janvier 2006); art. 12, al. 4, OFusCo/VS (concept de fusion soumis au Conseil d'Etat d'ici au 1^{er} juillet 2007); art. 3, al. 1, DUSFAC/NE (validité limitée au 31 décembre 2010).

³²⁹ Art. 28 LFusCom/VD et 4 DIFFusCom/VD.

³³⁰ §§ 4-5 VFUG/LU; *Beschluss über den Ausgleich der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse bei den sich zusammenschliessenden Gemeinden* (RS/GL VI A/1/2/1); art. 9, al. 1, let. b et c, et 10a-10b LPF/SH; art. 18-23 LFCo/SG; art. 19-21 LFSCo/TI; art. 8a LCo/AG.

critères de son octroi sont définis dans une ordonnance³³¹; l'aide peut être versée en une fois ou en plusieurs tranches sur une période maximale de quatre ans³³². Dans celui du Tessin, l'aide est en réalité déterminée *au cas par cas*³³³, même si des critères commencent à se dégager de la pratique. L'approche suivie jusqu'à présent consiste à appliquer à la nouvelle commune, peu ou prou, le taux d'imposition de la commune constituant le pôle de la fusion³³⁴, les aides financières du canton devant permettre de parvenir à une situation financière équilibrée ou, à tout le moins, de s'en approcher. Les préoccupations relatives à l'équilibre financier ou au taux d'imposition des communes sous-tendent également la législation des cantons de Schaffhouse³³⁵, de Saint-Gall³³⁶ ou d'Argovie³³⁷. La « décision » de la Landsgemeinde du canton de Glaris, du 7 mai 2006, reflète des soucis similaires³³⁸. Enfin, le canton des Grisons se base sur des dispositions légales vagues³³⁹ qui ne sont pas précisées au niveau réglementaire³⁴⁰. Il en va de même du canton de Thurgovie, dont la législation indique tout de même que le montant de

³³¹ §§ 4, al. 1 et 5, VFUG/LU.

³³² § 4, al. 2 et 3, VFUG/LU. Les fonds spéciaux prévus par la législation sur la péréquation financière (§ 13 de de la loi lucernoise sur la péréquation financière du 5 mars 2002 [LPF/LU; RS/LU 610]), peuvent également être utilisés lors d'une fusion de communes.

³³³ Art. 20, al. 2, LFSCo/TI.

³³⁴ En pratique, une légère augmentation semble tolérée. Une éventuelle diminution est évidemment bienvenue. Chaque situation est examinée individuellement.

³³⁵ Art. 9, al. 1, let. b et c, et 10a-10b LPF/SH.

³³⁶ Voir spécialement les art. 21, 22 et 23 LFCo/SG. A noter qu'en pratique, les différents montants alloués à une fusion doivent faire l'objet d'une décision.

³³⁷ § 13a de la loi argovienne sur la péréquation financière du 29 juin 1983 (RS/AG 615.100); voir aussi le § 4a du décret du Grand Conseil argovien relatif à cette loi du 29 mai 1984 (RS/AG 615.110).

³³⁸ *Beschluss über den Ausgleich der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse bei den sich zusammenschliessenden Gemeinden* (RS/GL VI A/1/2/1).

³³⁹ Art. 93 LCo/GR et 19a LPFI/GR. Sur la base de ces dispositions, le gouvernement alloue un montant, déterminé de manière forfaitaire, auquel peuvent s'ajouter des montants versés au titre de la péréquation financière.

³⁴⁰ Voir l'ordonnance d'exécution de la LPFI du 3 mars 1993 (RS/GR 720.360), ainsi que les dispositions d'exécution de la LPFI du 29 novembre 1993 (RS/GR 720.370). Seule la première comporte une règle se rapportant à la fusion de communes (art. 4b). Voir, en outre, ZAHNER (n. 3), pp. 166-168 et 195-196.

l'aide dépend des économies qu'engendrera la fusion sur le plan de la péréquation financière³⁴¹.

Enfin, les aides ou incitations financières cantonales sont susceptibles de créer des inégalités entre les communes et des distorsions de la concurrence fiscale intercommunale. Elles sont néanmoins admissibles pour autant que les différents principes de l'activité étatique, notamment celui de la proportionnalité, soient respectés. Cela implique de limiter dans le temps l'avantage consenti et de lui conserver une ampleur raisonnable.

B. La fiscalité

Le taux de l'impôt communal direct suite à une fusion en représente souvent le point le plus délicat. Une des solutions consiste à fixer ce taux dans *la convention de fusion*³⁴². Cela participe de la transparence du processus et permet aux organes communaux et cantonaux statuant sur la convention de se prononcer en parfaite connaissance de cause. Il arrive toutefois aussi que le taux de l'impôt communal direct soit déterminé par l'organe compétent de l'entité née de la fusion³⁴³.

Lors de la mise en œuvre d'une fusion *contrainte*, il n'est pas certain que les communes concernées parviennent à se mettre d'accord sur ce taux. Pour sortir de cette impasse, un règlement de la question au niveau cantonal s'impose, après consultation des communes concernées.

La fusion de toutes les communes avec le canton entraîne la disparition des prélèvements communaux. La fusion d'une ou plusieurs communes avec le canton est très délicate, mais réalisable du point de vue de l'égalité fiscale, en appliquant notamment l'une ou l'autre des solutions esquissées plus haut³⁴⁴.

³⁴¹ § 3 de la loi thurgovienne sur la péréquation financière entre les communes politiques du 11 septembre 2002 (RS/TG 613.1). L'ordonnance à l'appui de cette loi du 4 mars 2003 (RS/TG 613.11), n'est pas plus précise, si ce n'est qu'elle contient une norme désignant les départements cantonaux compétents pour déterminer l'aide en cas de fusion de communes (§ 2). Sur l'évolution du droit thurgovien sur ce point, voir ZAHNER (n. 3), pp. 171-173 et les références.

³⁴² Art. 6 du modèle fribourgeois de convention de fusion; art. 20, let. d, RALFAC/NE et art. 3.3 du modèle neuchâtelois de convention de fusion

³⁴³ Art. 30, al. 2, du projet bernois de contrat type de fusion pour communes municipales et mixtes.

³⁴⁴ Voir *supra* II, B, 2, b.

C. La péréquation financière

La fusion de communes entre elles influe sur la péréquation financière verticale ou horizontale. Quelques législations cantonales traitent sommairement de cette question³⁴⁵. La question la plus délicate a trait à *la situation de péréquation* de la commune nouvellement créée ou absorbante, qui n'équivaut pas nécessairement à celle des communes dissoutes ou de la commune absorbante avant la fusion. Le droit cantonal prévoit parfois le maintien pour une période déterminée de la péréquation financière dont bénéficiait une commune avant la fusion³⁴⁶. Certaines aides spécifiques peuvent résulter du droit cantonal. En somme, les conséquences d'une fusion sur la péréquation financière méritent, indiscutablement, d'être clarifiées avant la fusion. Cela permet aux organes communaux et cantonaux de se prononcer en toute connaissance de cause.

D. La protection des tiers

Un autre enjeu – le dernier que nous examinerons – d'une fusion de communes entre elles ou avec le canton a trait à la protection des tiers, en particulier *des créanciers* des communes concernées. En vertu du transfert par succession universelle³⁴⁷, les créanciers de communes dissoutes ou absorbées passent à la commune nouvellement créée ou absorbante, ce qui affecte leurs intérêts lorsque la solvabilité de cette dernière est moindre. Les créanciers de la commune absorbante dans une fusion par absorption conservent formellement la même co-contractante, mais peuvent, le cas échéant, voir la solvabilité de celle-ci réduite.

Les créanciers ne sauraient, de par le droit fédéral ou cantonal, opposer leur veto à une fusion et ne sont pas habilités à se prévaloir des dispo-

³⁴⁵ Art. 18 LFusCom/VD.

³⁴⁶ Art. 34, al. 1, LPFC/BE: compensation totale ou partielle de la différence pendant une période transitoire de cinq ans au plus; § 23, al. 1 et 2, LPF/LU: maintien de la situation de péréquation financière pour une période de dix ans; voir aussi le § 30a, al. 1, let. b, de la loi soleuroise sur la péréquation financière directe, du 2 décembre 1984 (RS/SO 131.71), ainsi que le § 24 de l'ordonnance y relative du 1^{er} avril 2003 (RS/SO 131.721): versements destinés à compenser, pendant trois ans, la perte des ressources liées à la péréquation financière.

³⁴⁷ Voir *supra* IV, A.

sitions du Code des obligations et de la loi fédérale sur les fusions³⁴⁸. Il convient évidemment de réserver un éventuel renvoi du droit cantonal à l'un ou l'autre texte³⁴⁹ qui devient alors du droit public cantonal supplétif.

Un canton répond-il d'un dommage subi par un créancier à la suite d'une fusion de communes ? La responsabilité d'une collectivité publique pour des actes illicites suppose un comportement violant « un ordre ou une défense édictés par l'ordre juridique pour la protection de l'intérêt lésé (*«Rechtsgut»*) »³⁵⁰. Or la surveillance qu'exerce un canton sur ses communes n'est, en principe, pas destinée à protéger les créanciers³⁵¹. Une telle protection n'est qu'*un effet réflexe* de la surveillance cantonale³⁵². Dans cette optique, la responsabilité du canton n'est *a priori* pas engagée du seul fait qu'il a autorisé une fusion entraînant un dommage pour un créancier³⁵³. Cependant, lorsque le droit cantonal contient une norme protégeant les créanciers, notamment en cas de fusion³⁵⁴, l'examen qu'effectue le canton avant l'approbation de la fusion doit également porter sur ce point. Dès lors, la responsabilité du canton pourrait être engagée s'il approuve ou impose une fusion nonobstant la violation d'une telle norme³⁵⁵. Cette analyse vaut, en principe, tant pour la fusion volontaire que pour la fusion contrainte³⁵⁶. Cela dit, toutes choses étant égales par ailleurs, la responsabilité du canton sera plus facile à établir, en pratique, dans le second cas.

³⁴⁸ Dans le même sens, voir ZAHNER (n. 3), pp. 321-322.

³⁴⁹ ZAHNER (n. 3), p. 322.

³⁵⁰ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2002, pp. 719-720 (citation : p. 719) et les références doctrinales et jurisprudentielles. Sur la responsabilité étatique dans le cadre de la surveillance financière, voir spécialement JOST GROSS, « Staatshaftung für unterlassene Finanzaufsicht », *PJA* 2002, pp. 747-753.

³⁵¹ TF (03.07.2003) 2C.5/1999, *Emissionszentrale der Schweizer Gemeinden*, consid. 7.3.3, à propos de la commune de Loèche-les-Bains et du droit valaisan, mais l'analyse du TF a en réalité une portée plus large.

³⁵² TF (03.07.2003) 2C.5/1999, *Emissionszentrale der Schweizer Gemeinden*, consid. 7.3.3.1.

³⁵³ Sur cette problématique, voir ZAHNER (n. 3), pp. 323-329, dont l'avis est similaire à celui défendu ici.

³⁵⁴ Lors de notre examen des différents droits cantonaux, nous n'avons pas identifié une norme de ce type.

³⁵⁵ Voir ZAHNER (n. 3), p. 328.

³⁵⁶ ZAHNER (n. 3), pp. 325-328.

Les créanciers peuvent chercher à se protéger contractuellement, en se réservant la faculté de dénoncer le contrat de prêt en cas de fusion ainsi qu'en obtenant des garanties. De surcroît, une poursuite à l'encontre d'une commune est possible aux conditions fixées par le droit fédéral, étant précisé qu'elle ne peut tendre qu'à la saisie ou à la réalisation de gage³⁵⁷.

Enfin, notons que les aides financières fournies par le canton³⁵⁸ permettent, à tout le moins indirectement, de protéger les créanciers. En effet, dans de nombreux cantons, l'aide financière cantonale relative aux fusions de communes a pour fonction ou pour effet de maintenir le niveau de solvabilité des communes concernées, voire de l'améliorer.

VI. Conclusion

La fusion de communes est un processus délicat et protéiforme. On constate néanmoins que la plupart des fusions qui ont été couronnées de succès étaient *volontaires*, reposaient sur *une convention de fusion*, sous réserve de quelques cantons dont celui du Tessin, et étaient soutenues par *des aides financières*. Les fusions contraintes demeurent très rares et sont même expressément proscrites par près de la moitié des constitutions cantonales.

Les cantons jouissent d'une grande liberté pour déterminer les règles applicables aux fusions de communes. Le droit fédéral se désintéresse largement de cette problématique. L'article 50 de la Constitution fédérale s'apparente, à bien des égards, à une coquille vide. Paradoxalement, les limites les plus significatives résultent d'une convention internationale, *la Charte européenne de l'autonomie locale*, encore peu connue en Suisse.

Sur le plan cantonal, plusieurs cantons ont *constitutionnalisé* la problématique de la fusion de communes, en particulier ceux qui n'autorisent pas la fusion contrainte. Ainsi la marge de manœuvre du législateur or-

³⁵⁷ Art. 2, al. 1, de la loi fédérale du 4 décembre 1947 réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal (RS 282.11). S'agissant des biens saisissables et pouvant être constitués en gage, voir les art. 7 à 12 de cette loi.

³⁵⁸ Voir *supra* V, A.

dinaire est-elle souvent limitée. La constitutionnalisation des questions liées à la fusion de communes conduit parfois à certaines dérives, ainsi qu'en atteste la récente révision de la Constitution glaronaise³⁵⁹. Qu'une constitution cantonale soit le siège de la matière ne prête pas en soi à la critique. Emprunter la voie de la révision constitutionnelle ne doit cependant pas conduire à bafouer les droits des communes, en particulier celui garanti par l'article 5 de la Charte.

La fusion d'une ou de plusieurs communes *avec le canton* est admissible au regard du droit supérieur, même si elle soulève de nombreuses questions. Aucun projet concret d'une telle fusion verticale n'est en cours à l'heure actuelle. Les discussions sur la fusion entre la Ville et le canton de Genève, entamées à la fin des années 1990, se sont assez rapidement enlisées. Dans le canton de Bâle-Ville, la récente révision totale de la constitution cantonale a même plutôt renforcé l'ancrage des communes dans l'ordre constitutionnel.

En somme, bon nombre de constitutions cantonales récentes ainsi que quelques constitutions plus anciennes ayant fait l'objet d'une révision partielle ces derniers temps autorisent désormais expressément la fusion volontaire de communes, mais interdisent la fusion contrainte de celles-ci. La voie de la révision constitutionnelle demeure certes ouverte en tout temps et peut être empruntée pour supprimer cette interdiction. Il n'en demeure pas moins que le silence des textes antérieurs offrait parfois une palette de solutions plus large aux autorités politiques cantonales. Le regretteront-elles ? Cela n'est pas exclu car plusieurs cantons restent confrontés à la nécessité de réformer leur structure interne. Or l'efficacité limitée de la procédure de fusion volontaire, même assortie d'aides financières, commence à se faire sentir dans certains cantons. Il ne reste alors plus à ceux-ci qu'à méditer sur le double effet d'une constitution : *légitimer et rigidifier*.

³⁵⁹ Voir *supra* III, B, 3, d.