

Rapport explicatif
accompagnant l'avant-projet de loi sur les communes

Table des matières

A Partie générale

§ 1 Introduction

I La surveillance des communes

§ 2 La légitimité de la surveillance

- 1 La place de la commune en Suisse et dans le canton de Fribourg
- 2 La nature et les objectifs de la surveillance
 - 2.1 La nature de la surveillance
 - a Le contrôle juridique (le contrôle sur les actes)
 - b Le contrôle financier et l'audit
 - c Le contrôle politique (le contrôle sur les organes et les personnes)
 - 2.2 Les objectifs de la surveillance
- 3 La nécessité de la réforme
 - 3.1 L'état des lieux
 - 3.2 Les phases de la réforme
- 4 La création d'un groupe de travail

§ 3 Les grandes lignes de la réforme

- 1 Les bases de travail
 - 1.1 La Constitution fédérale
 - 1.2 La Constitution du canton de Fribourg
 - 1.3 Les textes du Conseil de l'Europe
- 2 Le contrôle politique (le contrôle sur les organes et les personnes)
 - 2.1 Le principe : l'autorégulation
 - a La notion
 - b La position du syndic
 - c Le règlement d'organisation de la commune
 - d Les autres moyens : les élections anticipées, la motion de censure
 - 2.2 La procédure en cas d'irrégularités
 - 2.3 L'autorité de surveillance
 - a Quelle autorité ?
 - b Quand intervient-elle ?
- 3 Le contrôle financier et l'audit
 - 3.1 L'intégration des directives de la Conférence
 - 3.2 Un contrôle externe ?

II Le mandat constitutionnel

§ 4 Les dispositions concernées

§ 5 Les solutions proposées

- 1 La surveillance des finances et le statut du syndic
- 2 L'abandon de l'exigence de connexité pour les associations à buts multiples
- 3 La consultation populaire lors d'une fusion
 - 3.1 Le système actuel
 - 3.2 L'article 135 alinéa 3 de la Constitution du 16 mai 2004
 - 3.3 Les solutions proposées

III Les autres modifications

IV Les incidences financières de l'avant-projet

B Partie spéciale

Commentaire des dispositions de l'avant-projet

A Partie générale

§ 1 Introduction

Les relations entre la commune et l'Etat furent, selon les époques, empreintes d'un souci mutuel de coopérer ou marquées de défiance réciproque. Selon le sentiment qui prévalait, le premier intervenait de façon plus ou moins incisive dans la surveillance de la seconde.

Le temps est à un réexamen du contrôle exercé par l'Etat sur les communes fribourgeoises. L'évolution de la société, et singulièrement, du rôle joué aujourd'hui par les collectivités locales, rend cet exercice indispensable. C'est le premier axe de la réforme proposée¹.

Le 16 mai 2004, le souverain confiait - implicitement - à l'Etat le soin de réviser sa législation pour la rendre compatible avec la nouvelle Constitution. Cette adaptation constitue le deuxième axe de la réforme².

Le troisième et dernier axe du projet de loi est destiné à corriger certains défauts ou à pallier des carences constatées au fil du temps. A eux seuls, ces défauts et ces carences ne justifiaient pas une révision législative. Il eût été regrettable, en revanche, de ne pas profiter d'une réforme nécessaire pour ne point faire d'utiles retouches³.

I La surveillance des communes

Il convient de s'interroger, dans un premier temps, sur la légitimité de la surveillance des communes en analysant les raisons (§ 2). A cet égard, un rappel historique s'impose pour bien comprendre les liens qui unissent la commune à l'Etat, ainsi les origines de la tutelle exercée par le second sur les premières (ch. 1). Ensuite, dans le souci de déterminer l'intensité de cette surveillance, il convient de se pencher sur sa nature et sur les objectifs auxquels elle doit répondre (ch. 2). La question se pose ensuite de savoir si ces objectifs peuvent être atteints grâce à la législation actuelle (ch. 3). Ce n'est que dans un second temps que nous pourrons arrêter les moyens qui doivent être mis en oeuvre pour l'assurer, en exposant les grandes lignes de la réforme (§ 3).

§ 2 La légitimité de la surveillance

1 La place de la commune en Suisse et dans le canton de Fribourg

Jusqu'à la Révolution française, la Confédération suisse était une association de communes plutôt que de cantons. Jusqu'alors, la commune tirait son origine d'une association agricole : les premières communes avaient pour membres les propriétaires fonciers établis sur leur territoire (*Genossen*), les autres habitants

¹ Chapitre I, La surveillance des communes.

² Chapitre II, Le mandat constitutionnel.

³ Chapitre III, Les autres modifications.

(*Hintersassen*) n'étant que tolérés. A partir du XVI^{ème} siècle, la qualité de membre de la commune ne fut plus réservée aux seuls propriétaires d'immeubles (les communiens), mais devint héréditaire. Les communiens qui demeuraient sur le territoire communal portaient le nom de bourgeois. Seuls, ils prenaient part aux affaires communales et avaient droit aux revenus des biens bourgeoisiaux. C'était le système de la commune bourgeoise. La Constitution de 1798 uniformisa le droit communal sur le plan helvétique.

L'Acte de Médiation rendit, en 1803, aux cantons leur souveraineté en matière communale. Toutefois, si les bourgeois recouvrèrent, ici ou là, leurs prérogatives, la commune ne redevint pas absolument bourgeoise. Le mouvement libéral de la Régénération contribua à la renaissance de la commune des habitants. La Constitution de 1848 ne devait pas modifier ce statut.

C'est le constituant de 1874 qui rompit avec la tradition en prévoyant que le Suisse établi jouissait, au lieu de son domicile, de tous les droits des citoyens du canton et, avec ceux-ci, de tous les droits des bourgeois de la commune. La Constitution de 1874 exigeait ainsi partout la création de la commune des habitants. Les autres types de communes ne disparurent pourtant pas complètement : au contraire, la plupart des cantons adoptèrent le système dualiste ou pluraliste, selon lequel deux ou plusieurs communes coexistent sur le même territoire. Tel est le cas du canton de Fribourg, qui connaît, outre la commune des habitants, la commune bourgeoise. Cette dernière groupe les ressortissants de la commune et gère leurs biens. Le professeur André Grisel pouvait prédire, en 1984, que, tôt ou tard, les communes spéciales étaient destinées à être absorbées par la commune générale, la bourgeoisie a, dans le canton de Fribourg, encore de beaux jours devant elle.

On voit ainsi que l'existence de la commune est enracinée dans l'histoire de notre pays. Après avoir connu une vie mouvementée, son statut devait être défini de sorte que le citoyen puisse s'exprimer pleinement et librement, sans qu'on lui oppose les privilèges réservés aux bourgeois. A cet égard, la surveillance minutieuse (s'apparentant à une véritable tutelle) exercée par l'Etat sur les communes se justifiait amplement. Ce n'est plus le cas aujourd'hui : l'exigence de démocratie n'est plus en danger. La surveillance doit désormais s'inscrire entre l'autonomie communale, garantie par la Constitution fédérale, et la liberté totale, dont même les cantons ne jouissent pas.

2 La nature et les objectifs de la surveillance

2.1 La nature de la surveillance

La surveillance (du fonctionnement) des communes s'articule autour de trois catégories de contrôles : le *contrôle juridique*, le *contrôle financier et audit*, le *contrôle politique*⁴. Disons d'emblée qu'il n'est ni acquis ni même nécessaire que cette surveillance soit exercée exclusivement par l'Etat.

⁴ Pour plus de détails, cf. annexe I.

a Le contrôle juridique (le contrôle sur les actes)

Par ce contrôle, l'autorité de tutelle vérifie *la conformité des actes des collectivités locales avec le cadre normatif fixant les limites de leur autonomie*, respectivement les modalités de sa mise en oeuvre ; il s'agit, au fond, de vérifier que les collectivités locales n'excèdent pas leurs compétences et que celles-ci sont exercées dans les formes prévues par la loi. Certes, le contrôle peut aller jusqu'à *l'évaluation du contenu des décisions* sous l'angle de leur cohérence avec les objectifs visés : on parle alors du contrôle de l'opportunité. Il ne devrait toutefois être concevable que pour les actes dont la compétence est déléguée aux collectivités publiques.

b Le contrôle financier et l'audit (le contrôle des comptes)

Le contrôle financier et l'audit consistent essentiellement dans la vérification des comptes, des liquidités et des biens comptabilisés. Ils reposent sur les règles de la comptabilité publique, dont ils visent à assurer le respect. Ce contrôle ne doit pas forcément ressortir à la compétence de la collectivité supérieure ; il peut être exercé par la commune elle-même, comme c'est le cas dans le canton de Fribourg.

c Le contrôle politique (le contrôle sur les organes et les personnes)

Ce contrôle revêt une double signification :

D'une part, à l'intérieur de la collectivité, l'exécutif peut être *responsable devant l'assemblée délibérative élue*. Dans certains Etats, en effet, le parlement local a le droit de *révoquer* le mandat de l'exécutif en adoptant une motion de censure (Finlande, Luxembourg, Espagne).

D'autre part, le contrôle politique s'exerce par *le vote des citoyens* lors des élections locales. Dans les Etats européens, ce contrôle prend des visages divers : possibilité de saisine d'un médiateur ou d'un ombudsman, possibilité de demander un referendum local, possibilité de saisir l'exécutif en vue d'une consultation.

2.2 Les objectifs de la surveillance

Pour déterminer les objectifs de la surveillance, il convient de s'interroger sur les attentes des citoyens.

Chacun a droit :

- à ce que le fonctionnement interne de la commune soit assuré ;
- à ce que les règles financières, budgétaires et comptables soient respectées ;
- à ce que les irrégularités éventuelles trouvent un remède rapide et efficace.

Il est acquis que ces objectifs ne peuvent être atteints par l'application des règles actuelles.

3 La nécessité de la réforme

3.1 L'état des lieux

Les expériences rencontrées ces dernières années ont démontré que la *surveillance des organes et des personnes* chargées d'administrer les collectivités publiques pêchait par sa lourdeur et sa lenteur. Le respect du suffrage populaire l'explique en partie ; pour le reste, ces défaillances sont dues au système choisi. A cet égard, un triple constat s'impose.

En premier lieu, les règles relatives à la surveillance des communes ont leur fondement dans une constellation juridique confuse. Empêchant toute vue d'ensemble, elle nuit à une harmonisation et à la compréhension du système.

En deuxième lieu, l'intervention de (trop) nombreux acteurs (Conseil d'Etat, directions, préfets, Service des communes, autorités désignées par la législation spéciale) dont les compétences sont parfois mal définies est de nature à créer un flou juridique nuisible à la bonne administration des communes. A cela s'ajoute que les associations de communes connaissent une surveillance moins incisive : le préfet, qui devrait normalement exercer la surveillance sur ces associations, y joue souvent un rôle de premier plan.

En troisième et dernier lieu, le schéma d'intervention de l'Etat (intervention de l'autorité de surveillance « compétente » ➤ saisine du Conseil d'Etat ➤ audition du conseil communal ➤ préavis du préfet ➤ décision d'enquête administrative par le Conseil d'Etat ➤ enquête administrative ➤ exercice du droit d'être entendu ➤ éventuel complément d'enquête ➤ clôture de l'enquête ➤ décision du Conseil d'Etat ➤ mise en œuvre des mesures) est lent et compliqué. Respectueux de l'autonomie communale, il ne répond cependant pas aux exigences de rapidité et de souplesse que commande une situation de mise en danger des intérêts communaux.

Sur le plan *financier*, certains édiles ont pu nourrir l'illusion que le contrôle exercé par l'Etat s'apparentait à un véritable audit et qu'il équivalait à une décharge du conseil communal. Or, le législateur n'a jamais voulu que le service chargé des communes opère un contrôle des comptes. Seul l'examen formel des comptes et le respect des équilibres financiers font l'objet d'un examen du Service des communes.

Une modification fondamentale du système s'impose donc, de même qu'une clarification des rôles.

On pourrait objecter que la Confédération n'exerce aucune surveillance sur les cantons, de sorte que les communes pourraient, elles aussi, être émancipées de la tutelle de l'Etat. Cette objection ne tient pas.

La Confédération exerce un contrôle sur les cantons, qui doivent respecter le droit fédéral lorsqu'ils usent de leurs compétences propres et contribuent à le mettre en

œuvre lorsqu'ils usent de leurs compétences déléguées. Ce devoir serait une obligation imparfaite si la Confédération ne disposait pas, pour en assurer l'accomplissement, d'un pouvoir de surveillance (*Bundesaufsicht*) et, à la dernière extrémité, d'un pouvoir d'exécution (*Bundesexekution, Bundesausgang*). Ces pouvoirs sont cependant moindres que ceux que possède une autorité hiérarchiquement supérieure sur ses subordonnés (*Dienstaufsicht*). Les cantons ne dépendent pas de la Confédération aussi étroitement qu'un service administratif dépend d'un département fédéral, par exemple. La relation est également plus lâche que celle qui unit la commune au canton.

Cette différence dans la subordination explique, notamment, que la Confédération n'ait guère de prise sur les personnes qui composent les organes cantonaux, et qu'elle agisse sur leur comportement avec la plus grande retenue. Si la surveillance sur les personnes n'est guère pratiquée, la surveillance sur les actes (garantie fédérale pour les constitutions cantonales, approbation d'actes législatifs cantonaux, etc.) est exercée dans une mesure plus importante. On note toutefois que la Constitution de 1999 a abandonné les termes de « *surveillance* » et de « *haute surveillance* » qui avaient cours dans l'ancien texte au profit d'une formule plus diplomatique : « *la Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral* ».

A cela s'ajoute que les cantons sont, aux termes de la Constitution fédérale, des Etats souverains dans les limites constitutionnelles. Tel n'est pas le cas des communes, qui constituent des collectivités publiques décentralisées.

3.2 Les phases de la réforme

La réforme du système de surveillance des communes peut être plus ou moins incisive. On peut la décrire par une image : celle des trois cercles.

Le 1^{er} cercle a trait au contrôle sur les organes et les personnes et au contrôle financier ordinaire - on pourrait parler de « *surveillance par beau temps* ». Il couvre un champ de surveillance relativement large : qu'en est-il du contrôle « *ordinaire* » exercé par le canton sur les personnes et sur les finances de la commune ? Ce contrôle doit-il être réduit, étendu ? Qui doit l'exercer ?

Le 2^{ème} cercle concerne les articles 150 et suivants de la loi sur les communes, qui prévoient une série de mesures extraordinaires en cas de dysfonctionnements – il s'agirait de la « *surveillance en cas de tempête* ». Chacun s'accorde à dire que ce chapitre doit être révisé. La motion Jacques Crausaz / Christian Ducotterd le demande expressément⁵.

Le 3^{ème} cercle vise le contrôle sur les actes communaux, autrement dit la surveillance administrative ordinaire : dans sa vie quotidienne, la commune est appelée à prendre un certain nombre d'actes : décisions, réglementations communales, planification, etc. Le contrôle exercé par l'Etat sur un certain nombre de ces actes est-il toujours opportun ? Doit-on le renforcer pour certains d'entre eux, respectivement l'alléger

⁵ Motion numéro 045.03 Jacques Crausaz / Christian Ducotterd, BGC 2004, pages 183 et suivantes.

pour d'autres ? L'autonomie communale doit-elle être étendue pour ce qui concerne des domaines aussi sensibles que l'aménagement du territoire ?

La nécessité d'une réforme des mesures d'intervention de l'Etat en cas de dysfonctionnement n'est pas à démontrer : les épisodes vécus ces dernières années ont fait la preuve que certains attendent trop des autorités cantonales, respectivement que les moyens mis à disposition de ces dernières ne permettent pas toujours de répondre (rapidement et efficacement) à ces attentes.

Il serait illogique de s'en tenir à ce seul chapitre : le projet de loi confinerait à un renforcement des pouvoirs de l'Etat. On négligerait du même coup d'aborder ce qui est capital : la capacité de la commune à régler ses difficultés par ses propres moyens. C'est la raison pour laquelle la *première phase de la réforme* concerne les premiers et deuxièmes cercles décrits plus haut.

Certains appellent de leurs vœux une réflexion globale sur les compétences qui doivent être dévolues aux communes, sans contrôle étatique préalable, dans des domaines aussi épars que l'aménagement du territoire, les constructions, l'élaboration de règlements, la perception de taxes. Pour être nécessaire, cette réflexion n'est pas urgente. Elle nécessiterait en outre un temps considérable, puisqu'elle exige l'examen exhaustif de l'ensemble de la législation spéciale. Cela ne concorderait pas avec l'impératif de rapidité de la réforme de la surveillance. Ce travail peut donc être conduit dans une *deuxième phase*.

4 La création d'un groupe de travail

Le Conseiller d'Etat, Directeur des institutions, de l'agriculture et des forêts a mis sur pied un groupe de travail chargé d'élaborer un avant-projet de modification de la loi sur les communes. Ce groupe de travail, présidé par M. le Conseiller d'Etat, était composé des personnes suivantes :

- M. Claude Yerly, Secrétaire général de la Direction ;
- Nicolas Deiss, représentant de la Conférence des préfets ;
- Mme Christiane Feldmann représentante de la Conférence des syndicats des chefs-lieux et des grandes communes ;
- M. Gaston Blanc, représentant de l'Association des communes fribourgeoises, M. Gérald Mutrux, chef du Service des communes ;
- Mme Brigitte Leiser, juriste auprès dudit Service ;
- Me Patrick Cudré-Mauroux, juriste auprès dudit Service.

Me Alexis Overney, avocat au barreau de Fribourg, fut désigné en qualité d'expert chargé d'émettre des propositions et de matérialiser les décisions arrêtées par le groupe de travail.

Le groupe de travail s'est réuni à sept reprises de mars à novembre 2004.

§ 3 Les grandes lignes de la réforme

1 Les bases de travail

1.1 La Constitution fédérale

L'article 50 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁶ garantit l'autonomie communale « *dans les limites fixées par le droit cantonal* ». Sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874, l'autonomie des communes était reconnue, voire garantie, de manière plus ou moins large, par le droit du canton et, dans cette mesure, protégée par le Tribunal fédéral. Cette protection fédérale ne figurait dans aucun texte précis, c'était une création prétorienne du tribunal lui-même, qui avait admis, dès les premiers temps de sa jurisprudence, que la commune bénéficiait d'un droit constitutionnel et que, si elle s'estimait lésée dans son autonomie par un acte cantonal, elle pouvait l'attaquer par un recours de droit public.

La question se pose aujourd'hui de savoir si un canton pourrait refuser toute autonomie à ses communes. Théoriquement, quand la Constitution fédérale dit que l'autonomie peut avoir des limites, variables selon les cantons, elle paraît attendre que cette autonomie existe au moins dans une certaine mesure : limiter n'est pas abolir. La réponse serait donc négative, sans qu'on sache pour autant jusqu'où les limites peuvent aller⁷.

1.2 La Constitution du canton de Fribourg

La Constitution du 16 mai 2004 prévoit, à son article 129 alinéa 2, que « *l'autonomie communale est garantie dans les limites du droit cantonal* », l'article 115 donnant au Conseil d'Etat la compétence d'exercer la surveillance sur les communes.

1.3 Les textes du Conseil de l'Europe

Le 15 octobre 1985, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont signé une convention intitulée « *Charte européenne de l'autonomie locale* »⁸ (ci-après, la Charte). Cette Charte définit le standard minimal que doivent respecter les Etats en matière d'autonomie locale.

Ce document a été ratifié par l'Assemblée fédérale il y a peu⁹.

En complément à la Charte, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a élaboré deux textes :

- la Recommandation n° R (98) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le contrôle de l'action des collectivités locales ;

⁶ RS 101.

⁷ Jean-François Aubert et Pascal Mahon, petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, pages 428 et suivantes.

⁸ Cf. annexe II.

⁹ Le Conseil national a éliminé la dernière divergence dans sa session du 15 décembre 2004.

- les lignes directrices concernant l'amélioration des systèmes de contrôle de l'action des collectivités locales.

2 Le contrôle politique (le contrôle sur les organes et les personnes)

2.1 Le principe : l'autorégulation

a La notion

A l'heure où les communes réclament plus de compétences et où elles sont, par leur taille, en mesure de les exercer, il leur appartient de chercher d'abord elles-mêmes les moyens de résoudre les dysfonctionnements dont elles sont victimes. La surveillance exercée par l'Etat doit être allégée, ses représentants n'intervenant que subsidiairement.

On peut attendre d'une collectivité publique qu'elle règle ses difficultés, avant de faire appel à la collectivité supérieure. Cela permettra aussi d'éviter au représentant de l'Etat d'essuyer le reproche d'être intervenu ou trop tôt, ou trop tard.

Ces réflexions rejoignent d'ailleurs celles d'autres cantons, et singulièrement celle du législateur bernois qui a donné à l'article 86 de sa loi sur les communes la teneur suivante :

« *Devoirs des communes*

¹ *Lorsque des irrégularités sont constatées dans une commune, l'organe compétent en recherche les causes et ordonne les mesures nécessaires.*

² *A cette fin, les communes peuvent faire ou demander une enquête officielle. »*

C'est le principe de l'autorégulation (*Selbstverantwortung der Gemeinde*). Les communes sont responsables du fonctionnement de leur administration et, par conséquent, des mesures qui doivent être prises pour remédier aux dysfonctionnements. Il s'agit là d'une responsabilité primaire, le canton n'intervenant que si la commune n'assume pas ce devoir ou ne le fait que de manière insuffisante (principe de la subsidiarité du pouvoir de surveillance du canton). La loi bernoise ne décrit pas précisément le concept d'irrégularités : il appartient à la commune de l'examiner de cas en cas. Quant aux mesures que la commune peut prendre, elles peuvent être d'ordre organisationnel, financier, personnel. Si des mesures entrent en discussion, qui toucheraient une personne particulière, il faut alors mettre en oeuvre une procédure disciplinaire. Enfin, si la commune décide une enquête officielle, il lui appartient de décider à qui elle entend la confier ; le code de procédure et de juridiction administrative est alors applicable¹⁰.

Dans le canton de Fribourg, l'organe compétent devrait être le syndic, respectivement le président du conseil général ou du comité de direction, selon que

¹⁰ Arn/Friederich/Friedli/Müller/Müller/Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Berne, ad article 86.

les difficultés touchent le conseil communal, le législatif ou l'association de communes.

L'essentiel est qu'on évite que deux enquêtes parallèles ne soient conduites, l'une par la commune, l'autre par l'Etat.

b La position du syndic

Pour permettre à la commune de résoudre ses difficultés, le groupe de travail a estimé qu'il fallait donner des compétences supplémentaires au syndic. Le principe de collégialité a, en effet, pour corollaire la dilution des responsabilités. Les blocages deviennent inévitables. En chargeant le syndic de veiller au bon fonctionnement de l'administration et du conseil communal, on donne un visage à une responsabilité ; en le désignant comme autorité chargée de mettre en place les mesures que, par calcul, par manque de courage ou par crainte, le collège n'ose prendre, on crée les conditions d'un règlement efficace des dysfonctionnements.

Un accroissement des compétences exige-t-il une élection du syndic par le peuple ?

C'est le système vaudois : le peuple élit d'abord les membres de la municipalité ; il choisit ensuite le syndic entre ceux-ci¹¹.

Ce système présente l'avantage indéniable de donner une légitimité populaire au syndic. Les pouvoirs accrus qui lui sont dévolus ne sont ainsi pas contestables. Loin d'être un « *primus inter pares* », il jouit d'une véritable autorité sur le collège.

L'un des inconvénients réside dans l'histoire de notre canton : la population n'est guère habituée à un homme fort. Elle s'en méfie même parfois. Serait-elle prête à accepter un tel changement de formule ? Que faire si aucun conseiller communal n'aspire à la fonction de syndic ?

L'élection du syndic par le peuple ne constitue dès lors pas la solution appropriée pour éviter des dysfonctionnements, lesquels demeurent rares. Elle soulèverait en outre un certain nombre de problèmes, parmi lesquels on peut citer : comment conjuguer l'élection du syndic au système majoritaire avec une élection du conseil communal au système proportionnel, alors que ces deux systèmes s'excluent en général ? Devrait-on distinguer les communes dotées d'un conseil général des autres ? Dans l'affirmative, pour quelle raison ?

Le groupe de travail a, en l'état, renoncé à proposer l'élection des syndics par le peuple, estimant qu'un accroissement de leurs compétences au sein du collège ne l'exigeait pas. Cette position rejoint celle du Conseil d'Etat en réponse à la motion Charly Haenni¹².

Le groupe de travail propose cependant de modifier le mode d'élection¹³.

¹¹ Article 81a de la loi vaudoise sur l'exercice des droits politiques.

¹² Motion Charly Haenni du 26.10.2004, numéro 069.04 et réponse du Conseil d'Etat du 9 novembre 2004.

¹³ Cf. commentaire art. 58 al. 3.

c Le règlement d'organisation de la commune

Le groupe de travail a exprimé la volonté que la commune se dote obligatoirement d'un règlement d'organisation.

Ce règlement concernerait le fonctionnement du conseil communal (délibérations, votes, consultation des dossiers, respect du secret de fonction, mesures en cas de dysfonctionnements, remises des dossiers en fin de mandat, etc.) mais aussi, le cas échéant, la faculté de prévoir, éventuellement, des votations consultatives, la question des délégations de compétences à des membres du conseil communal¹⁴, le fonctionnement des commissions permanentes, la procédure disciplinaire, etc.

Ce règlement pourrait prévenir, autant que faire se peut, les difficultés liées à des questions non ou mal réglées ; il permettrait également de donner une base à des mesures que pourrait prendre le syndic en cas d'irrégularités.

d Les autres moyens : les élections anticipées, la motion de censure

On parle d'élections anticipées lorsque le conseil communal est élu directement au suffrage universel. On parle de motion de censure lorsque l'exécutif procède d'un vote du parlement.

Dans le canton de Fribourg, les conseillers communaux sont tous élus par la population. Il n'est pas concevable de confier au conseil général la faculté de renvoyer un exécutif. En revanche, la question des élections anticipées devait faire l'objet d'une étude attentive avant d'être, le cas échéant, abandonnée.

Les avantages d'une telle réforme seraient les suivants.

Lorsqu'un exécutif n'est plus à même d'assurer le bon fonctionnement de la commune, sans que ses membres se soient rendus coupables d'insuffisances graves, l'Etat est désarmé : la révocation n'est pas possible, pas plus qu'une injonction à démissionner. Dans une telle hypothèse, la population pourrait réclamer et obtenir légalement des élections anticipées. Les membres élus ou réélus ne pourraient plus être contestés. Pour éviter les abus, une majorité qualifiée devrait être prévue.

Les inconvénients ne sont pas minces.

D'abord, quel que soit le quorum requis, il serait toujours possible de se retrouver dans la situation où, alors que le quorum n'est pas atteint, il serait clair que les membres de l'exécutif ont perdu la confiance d'une majorité de la population. Imaginons, par exemple, que l'on fixe la majorité qualifiée à 70% et que 60% des citoyens se prononcent en faveur d'élections anticipées : quelle serait la légitimité de l'exécutif ? Chercher un remède dans l'abaissement du quorum serait illusoire : une

¹⁴ Réglée actuellement par l'article 10 LCo.

minorité agissante pourrait aisément recueillir le nombre de voix nécessaires et, ainsi, exercer une pression permanente sur l'exécutif.

Ensuite, les membres de l'exécutif risqueraient de se trouver dans une insécurité permanente durant toute la période administrative. Des mesures, analysées sur le court terme, pourraient entraîner une réaction de rejet et, par conséquent, une sanction populaire. Or, une autorité communale doit pouvoir travailler sur le moyen et le long terme. Il risquerait de s'ensuivre des décisions populistes, telles qu'on les voit (dans certains pays) à la veille des élections.

Enfin, on risquerait de décourager et les candidatures et les initiatives. Comment imaginer qu'un candidat de valeur aille se risquer dans une aventure qui, en tout temps, pourrait se terminer par un renvoi ? Pourquoi d'aucuns persévéraient-ils dans un projet d'intérêt général sans être forcément populaire ?

Le groupe de travail a donc décidé d'abandonner cette idée.

2.2 La procédure en cas d'irrégularités

La procédure en cas d'irrégularités est lourde, lente et complexe : en bref, elle pêche par son manque d'efficacité.

Quel chemin suivre ?

Au-delà de la question des autorités compétentes, qui est traitée plus avant, il faut simplifier le processus. L'autorité, quelle qu'elle soit, doit pouvoir

- ☞ décider seule de l'ouverture d'une enquête administrative
- ☞ désigner elle-même l'enquêteur
- ☞ prendre les mesures d'urgence
- ☞ prendre, ou à tout le moins proposer des mesures définitives.

Ses décisions seraient sujettes à recours ; pour éviter que les procédures ne s'enlisent, le recours devrait être soumis à des délais courts et, pour certaines décisions, le pouvoir d'examen de l'autorité limité à l'arbitraire.

Il est nécessaire de fixer (par exemple dans le règlement d'exécution) la procédure à suivre en cas d'enquête administrative. Les éléments qui devraient être réglés sont les suivants :

- ☞ phase de l'état des lieux et de la conciliation
- ☞ décision d'ouverture d'enquête et recours
- ☞ conduite de l'enquête (pouvoirs de l'enquêteur, audition de personnes, administration d'autres preuves, etc.)
- ☞ rapport d'enquête : consultation et recours
- ☞ catalogue des mesures.

Ces règles serviraient de fil conducteur tout au long de la procédure.

2.3 L'autorité de surveillance

a Quelle autorité ?

Le préfet, promoteur d'initiatives, conseiller et surveillant ?

L'article 15 alinéa 1 de la loi sur les préfets est libellé ainsi :

« *Collaboration régionale*

Le préfet contribue au développement de son district ; en particulier il suscite et favorise la collaboration régionale et intercommunale. »

Dans le même temps, « *le préfet veille à la bonne administration des communes de son district. Il les conseille et leur prêle son aide* »¹⁵.

Sans remettre en cause le rôle du préfet, la question de savoir s'il peut à la fois susciter les initiatives, accompagner les communes dans leurs démarches et exercer un pouvoir de surveillance mérite d'être posée.

Après examen, le groupe de travail est parvenu à la conclusion qu'une remise en cause du rôle du préfet n'était pas opportune au stade de la réforme de la surveillance des communes. Consultés, les préfets sont d'avis que cette « *double casquette* » n'est en aucun cas préjudiciable à leur rôle de surveillant des communes ; au contraire, la circonstance qu'ils les accompagnent dans un certain nombre de dossiers rendrait cette tâche plus aisée.

Il s'agit cependant d'une situation transitoire, dans la mesure où le rôle du préfet va évoluer dans le cadre de la réorganisation des structures territoriales et administratives. Cette question pourra ainsi être revue lors de l'examen du projet dont le principe est d'ores et déjà prévu par le Conseil d'Etat.

Le préfet, dirigeant et surveillant des associations de communes ?

De plus en plus fréquemment, le préfet assume un rôle dirigeant dans les associations de communes.

Cette évolution est due à un double phénomène.

A l'heure où les exigences du marché du travail augmentent constamment, il devient rare de trouver des personnes qui, une fois leur journée terminée, acceptent de se pencher sur des problèmes aigus, tels que financement des CO, gestion de homes médicalisés ou de services médico-sociaux, etc. Il est commode de s'adresser à un professionnel de la politique.

¹⁵ Art. 146 al. 1 LCo.

Au-delà de la disponibilité de la personne, un argument supplémentaire s'est fait jour : le préfet parvient à fédérer des volontés que les antagonismes opposent. On connaît le phénomène de la ville et de la campagne, du chef-lieu et des communes environnantes, mais aussi les conflits de personnes.

Chacun s'accorde à le dire : certaines associations auraient peine à vivre sans l'aide du préfet. Elle pose néanmoins le problème de la surveillance : qui l'assume, étant admis que le contrôle ne peut être exercé par le contrôlé ? On observe, par ailleurs, que pour éviter qu'il se trouve dans ce cas de figure, la loi sur les préfets dispose, à son article 8 alinéa 1, que le préfet ne peut assumer de mandat public sur le plan communal.

Faut-il se priver des avantages liés à ce rôle de promoteur et de fédérateur du préfet pour lui confier la tâche exclusive de surveillance ou doit-on charger une autre autorité d'exécuter les contrôles nécessaires et indispensables ?

Le groupe de travail pense que l'aide apportée par les préfets aux associations de communes est précieuse. Il est donc d'avis de régler le problème par le recours à la désignation d'un autre préfet si le préfet du district assume un rôle au sein de l'association en cause.

Le préfet, seule autorité de surveillance, dont les décisions sont sujettes à recours au Tribunal administratif ?

Le préfet assumerait seul le rôle de surveillant, prendrait les mesures urgentes, déciderait de l'ouverture des enquêtes, prononcerait les mesures définitives. Certains ont cru devoir suggérer que le Conseil d'Etat, dont les membres seraient sujets à des pressions venant de formations politiques, soit déchargé de la mission qui est la sienne aujourd'hui. Cette innovation présenterait en outre l'avantage d'accélérer les procédures.

Elle ne s'en heurte pas moins à deux objections.

En premier lieu, rien ne dit que le préfet serait moins sujet à des pressions politiques que les membres du Conseil d'Etat. Poser cette affirmation sous-entend que le sens de l'intérêt général et de l'objectivité serait moins aigu au niveau gouvernemental qu'au niveau préfectoral.

En second lieu, la circonstance que les décisions de suspension d'un membre de l'exécutif, de révocation, de mise sous tutelle d'une commune procèdent du Gouvernement leur donne une légitimité incontestable, on pourrait même parler de solennité. Ne doit-on pas craindre que ces qualités risquent d'être compromises si le décideur est celui que l'on rencontre quotidiennement et qui nous accompagne dans des projets régionaux ?

Le groupe de travail a dès lors choisi de confier au préfet un rôle primordial dans le déclenchement, la conduite de l'enquête et les mesures à prendre au terme de celle-ci, laissant au Conseil d'Etat la compétence de révoquer les membres du conseil communal, respectivement d'ordonner une administration exceptionnelle. Il estime

que, parmi les solutions envisageables, celle qui consiste à confier à un magistrat proche des communes le soin d'en assurer la surveillance est la meilleure.

Une autorité cantonale centralisée ?

Cette solution présenterait l'avantage que cette autorité ne pourrait être soupçonnée de proximité avec telle ou telle commune, telle ou telle personne. Sans prise directe avec la vie quotidienne des communes, elle disposerait de la neutralité indispensable à l'accomplissement de sa mission.

Elle pourrait, en outre, assurer un traitement unique à l'ensemble des communes du canton.

Enfin, elle permettrait au préfet d'assurer sans arrière-pensée son rôle de promoteur et de conseiller : les édiles communaux pourraient obtenir son appui et son assistance sans craindre que leurs démarches ne se retournent contre eux.

Une telle autorité manquerait peut-être de cette sensibilité que le contact régulier avec les responsables communaux permet d'assurer. Détachée des réalités du terrain, elle pourrait être amenée à juger de manière trop abstraite de difficultés que la connaissance des hommes résoudrait plus aisément.

De plus, elle nécessiterait le renforcement du personnel en période de restrictions des dépenses.

Le groupe de travail a donc décidé d'abandonner cette piste.

b Quand intervient-elle ?

Sur demande ?

L'intervention de l'autorité sur requête de la commune ou d'un tiers règle définitivement la question de savoir si une telle intervention est prématurée ou tardive : face à leurs responsabilités, la commune et le citoyen n'ont d'autre choix que de porter l'affaire devant l'autorité de surveillance s'ils constatent des irrégularités ou des dysfonctionnements.

On peut toutefois aboutir à la situation, déjà connue, dans laquelle l'autorité intervient trop tard. Les mesures qu'elle est appelée à prendre restent sans effet, alors qu'il eût fallu en prendre l'initiative dès les premiers signes annonciateurs.

De son propre chef ?

Demander à l'autorité d'intervenir de son propre chef revient à l'obliger à une attention permanente aux rumeurs de difficultés. De plus, elle autorise le citoyen à attendre de l'Etat qu'il prenne spontanément les mesures nécessaires dès

l'apparition des premiers signes de mauvais fonctionnement, de mésentente au sein du collège, etc. Or, à l'évidence, une telle attente ne peut être satisfaite.

Subsidiairement ?

On peut, selon le groupe de travail, aller plus loin dans la réflexion en admettant que l'autorité de surveillance n'intervienne que si la commune n'a pas pris elle-même les mesures nécessaires ; on rejoint ainsi le système d'autorégulation décrit plus haut.

Certes, il reste difficile de déterminer le moment où l'autorité cantonale doit intervenir. Pour éviter toute difficulté, la commune devrait informer le préfet des difficultés rencontrées, des mesures qu'elle entend mettre en oeuvre, de l'éventuelle enquête qu'elle diligente, du délai dans lequel elle va remédier à la situation. Au terme de ce délai, elle devrait informer l'autorité cantonale de la suite qu'elle a donnée. Si la difficulté devait résider, précisément, dans la personne chargée de l'autocontrôle (le syndic, par hypothèse), ou si les faits devaient être très graves et ne susciter aucune réaction immédiate de la commune, l'autorité cantonale aurait la faculté d'agir de son propre chef.

3 Le contrôle financier

3.1 L'intégration des directives de la Conférence

La Conférence des autorités cantonales de surveillance des finances communales a édicté des directives en date du 8 mars 2001.

Il serait souhaitable que certains des principes retenus par cette Conférence soient intégrés dans la loi.

Par ailleurs, il s'agit de clarifier le rôle du Service des communes en ce qui concerne l'examen des comptes. Ce service n'a pas et n'a jamais eu la mission d'un organe de révision. Cette tâche doit être confiée à des spécialistes. Aux termes clairs de la loi, le Service des communes a exclusivement vocation à examiner les comptes sous l'angle formel (conformité avec le plan comptable, intégralité des comptes) et à vérifier que les équilibres financiers de la commune sont respectés. La tenue des comptes incombe au conseil communal, leur vérification à la commission financière¹⁶. Le Service des communes n'a ni le pouvoir ni les moyens de procéder à un audit comptable.

3.2 Un contrôle externe ?

A l'heure où les budgets atteignent des montants importants, où des édiles communaux sont soupçonnés d'avoir mal géré les finances publiques, où les exigences comptables sont de plus en plus étendues, il devrait être prévu qu'un organe de révision externe assure certains contrôles. La qualité de ces contrôles

¹⁶ Art. 95 al. 2 et 97 al. 1 let. c LCo.

s'en trouverait ainsi renforcée, étant admis que fréquemment, les réviseurs font des suggestions très utiles. Enfin, il s'agit d'une exigence constitutionnelle¹⁷.

Le coût n'est pas un obstacle dirimant.

Certes, on n'évitera pas les abus. Le fait que des professionnels aguerris vont examiner les comptes devrait en revanche avoir un effet préventif certain.

Un contrôle externe sera également exigé pour les associations de communes.

II Le mandat constitutionnel

§ 4 Les dispositions concernées

La Constitution du canton de Fribourg eu 16 mai 2004 va entraîner un grand nombre de modifications législatives. Le droit communal est évidemment concerné.

Les dispositions qui appellent un règlement pressant sont les suivantes :

- art. 84 al. 2 Finances communales (surveillance)
- art. 131 al. 3 Séparation des pouvoirs (statut du syndic)
- art. 134 Association de communes (connexité)
- art. 135 al. 3 Fusion de communes (consultation populaire)

§ 5 Les solutions proposées

1 La surveillance des finances et le statut du syndic

La surveillance des finances communales¹⁸, comme le statut du syndic¹⁹, sont traités dans le premier chapitre.

2 L'abandon de l'exigence de connexité pour les associations à buts multiples

A teneur de la loi actuelle, une association ne peut avoir de buts multiples que si les tâches exécutées sont connexes. Cette exigence a été abandonnée par le Constituant²⁰. Il s'agit d'adapter le texte de l'article 109 LCo en conséquence.

¹⁷ Cf. commentaire des articles 98 à 98f.

¹⁸ Art. 84 al. 2 de la Constitution.

¹⁹ Art. 131 al. 3 de la Constitution.

²⁰ Art. 134 de la Constitution.

3 La consultation populaire lors d'une fusion de communes

3.1 Le système actuel

Le système actuel est décrit dans le tableau suivant :

Communes sans conseil général		Communes avec conseil général			
Saisine de l'assemblée par un citoyen 17 LCo	Saisine de l'assemblée par le conseil communal 16 LCo	Initiative de 1/10 des citoyens actifs 51ter let. d LCo	Saisine du conseil général par un conseiller général 51bis/17 LCo	Saisine du conseil général par le conseil communal 42 I LCo	
Décision de l'assemblée communale 10 let. m LCo		Après vérification, le conseil communal transmet l'initiative au conseil général 140 LEDP		Décision du conseil général sujette à référendum facultatif 52 LCo	
		Le conseil général statue sur la validité de l'initiative 141LEDP			
		Le Conseil général décide de soumettre l'initiative au peuple 142 LEDP	Le Conseil général déclare l'initiative invalide		
		Vote populaire dans les 180 jours 142 LEDP	En cas de referendum : vote populaire		

3.2 L'article 135 al. 3 de la Constitution du 16 mai 2004

L'article 135 de la nouvelle Constitution, consacré aux fusions de communes, a la teneur suivante :

« ¹ L'Etat encourage et favorise les fusions de communes.

² Une fusion peut être proposée par les autorités communales, par une initiative populaire ou par l'Etat.

³ Les citoyennes et les citoyens actifs des communes concernées se prononcent sur la fusion. L'al. 4 est réservé.

⁴ Lorsque les intérêts communaux, régionaux ou cantonaux l'exigent, l'Etat peut ordonner une fusion. Les communes concernées doivent être entendues. »

La mise en oeuvre de l'article 135 al. 3 a été jugée de priorité 1 par le groupe de travail chargé de mettre en vigueur la nouvelle Constitution.

3.3 Les solutions proposées

Plusieurs solutions sont envisageables.

L'une d'elles consiste à laisser les choses en l'état. Dès le moment où l'assemblée communale se prononce sur la fusion, respectivement dès lors que le referendum peut être demandé suite à un vote du conseil général, on pourrait considérer que les citoyens des communes concernées ont pu « *se prononcer sur la fusion* » au sens de l'article 135 al. 3 de la Constitution. Ce choix se heurte à deux objections. D'une part, on peut douter que, dès l'instant où une fusion peut être proposée par une initiative populaire, un vote du conseil général, même sujet à referendum, répondrait à l'exigence de la consultation des citoyens actifs. Or, il ne s'agit pas de traiter l'assemblée législative de manière différente selon qu'elle est organisée en assemblée communale ou en conseil général. Si une votation populaire doit avoir lieu dans les communes dotées d'un conseil général, il tombe sous le sens qu'il doit en aller de même pour les autres. D'autre part, les interventions faites lors des débats de la Constituante allaient clairement dans le sens d'une consultation systématique du corps électoral²¹.

Ce constat posé, on peut envisager deux options.

La première consiste à consulter immédiatement le corps électoral en cas d'initiative d'origine exécutive ou populaire. L'autre tend à saisir l'assemblée législative de façon systématique pour qu'elle préavis la fusion. La première variante a l'avantage de la simplicité. La circonstance que les séances publiques permettent que des questions soient posées et des doutes, levés, peut être corrigée par la convocation d'une séance d'information. Dans cette variante, le conseil général pourrait toutefois avoir le sentiment d'être court-circuité.

Dans une seconde variante, le conseil général pourrait, dans les communes qui en sont dotées, émettre un préavis avant que le corps électoral ne soit saisi. Ainsi, les objections majeures seraient connues et une réponse pourrait leur être apportée avant le vote. Cette solution présente toutefois le risque qu'un vote négatif de l'assemblée soit contredit lors de la consultation populaire.

Le groupe de travail a porté son choix sur la première option, considérant qu'il n'était pas indispensable que l'organe législatif soit systématiquement consulté avant le vote populaire sur une fusion.

²¹ Cf. notamment Interventions Jean-Bernard Repond et du Rapporteur du 14 mars 2002, PV p. 246 et 247 ; Intervention du Rapporteur du 20 mars 2003, PV p. 377 : « ... nous avons voulu que l'ensemble des citoyennes et citoyens actifs des communes concernées puisse se prononcer sur leur fusion, alors que maintenant vous savez que seules les personnes qui fréquentent ou qui peuvent fréquenter l'assemblée communale décident cette fusion... ».

La fusion sera, avec l'introduction du conseil général, l'un des deux seuls domaines du droit communal qui fera l'objet d'un vote aux urnes. Dès lors que l'avenir de la collectivité publique est en jeu, cela paraît justifié. Il faudra toutefois éviter d'étendre davantage encore le cercle des thèmes qui devraient faire l'objet d'une consultation populaire. On courrait alors le risque de laisser apparaître l'organe législatif comme secondaire.

La procédure envisagée peut être synthétisée par le tableau suivant :

Communes sans conseil général			Communes avec conseil général		
Initiative de 1/10 des citoyens actifs	Initiative du conseil communal	Initiative d'un citoyen	Initiative de 1/10 des citoyens actifs	Saisine du conseil général par un conseiller général	Initiative du conseil communal
		Vote de l'assemblée communale		Vote du conseil général	
Vote populaire			Vote populaire		

III Les autres modifications

Les modifications proposées sont consécutives aux expériences rencontrées ces dernières années sur des questions accessoires. Elles ont trait à l'élection complémentaire lors d'une vacance²², le mode d'élection des commissions²³, la fin du mandat des commissions²⁴ et des délégués d'associations de communes²⁵.

IV Les incidences financières de l'avant-projet

La seule modification proposée qui est de nature à entraîner une incidence financière pour les communes est celle qui confie à un organe externe la révision des comptes.

Selon les renseignements fournis par une fiduciaire de la place, une révision annuelle coûterait entre 3'000 et 4'000 francs pour une commune de 300 habitants.

²² Art. 77 al. 2 de de la loi sur l'exercice des droits politiques.

²³ Art. 19 al. 1 LCo.

²⁴ Art. 67 al. 4 LCo.

²⁵ Art. 115 al. 4bis LCo.

B Partie spéciale

Commentaire des dispositions de l'avant-projet

Article 10 alinéa 1, lettre m et o

Rapport soit au commentaire des articles 133a et 134.

Article 19 alinéa 1

Les commissions relevant du législatif doivent être élues au scrutin de liste²⁶. L'élection tacite ou à main levée n'est pas prévue.

Sans posséder de données statistiques complètes, le Service des communes sait que le mode d'élection prévu par la loi n'est pas observé systématiquement. Dans leur grande majorité, les communes pratiqueraient le système à main levée et/ou tacite, tant pour les élections complémentaires que pour le renouvellement intégral.

La Conférence des préfets admet implicitement ce mode de faire en recommandant aux communes de procéder à l'élection au scrutin de liste dans les cas où un citoyen devrait contester l'élection « ouverte »²⁷. Les préfets suggèrent d'ailleurs d'entériner cette pratique lors d'une prochaine révision de la loi sur les communes.

Un certain nombre d'arguments suivants militent en faveur d'un changement de système : il faut d'abord éviter le décalage entre le pays légal et le pays réel. De plus, la principale commission concernée est la commission financière (et la commission d'aménagement pour la majorité de ses membres). Or, la commission financière fait déjà l'objet du volet de la révision en cours, de sorte que la modification du mode d'élection n'y est pas étrangère. Il s'agit, alors, d'adapter le mode d'élection des autres commissions. Ensuite, un assouplissement ne se heurte à aucun intérêt contraire majeur. Les communes y sont favorables. Enfin, il s'agit de profiter de la révision en cours pour faciliter le mode d'élection des commissions issues du législatif.

Le groupe de travail propose que, si aucune liste n'est déposée jusqu'à l'élection des membres de la commission, celle-ci a lieu au scrutin individuel et à main levée, étant admis que le scrutin secret peut toujours être demandé par un cinquième des citoyens présents.

Article 58 alinéa 3

Les quelques (rares) difficultés rencontrées ces dernières années lors de l'élection du syndic ne sauraient, à elles seules, justifier une modification du mode de désignation du premier magistrat de la commune.

²⁶ Art. 19 et 46 LCo.

²⁷ Cf. prise de position de la Conférence des préfets du 8 mars 2004 concernant la commune de Wünnewil-Flamatt.

Pour les motifs évoqués plus haut, le groupe de travail a renoncé à proposer une élection des syndicats par le peuple. Il était cependant d'avis de profiter de la présente réforme pour qu'un mode d'élection efficace soit trouvé et une réponse élégante aux quelques désagréments rencontrés parfois, donnée.

La comparaison des régimes juridiques applicables aux autres élections prévues dans l'ordre juridique fribourgeois (par exemple l'élection du président du Grand Conseil, uninominale comme celle du syndic et du vice-syndic) démontre que les candidats non élus aux tours de scrutin à la majorité absolue sont éliminés de la suite de la procédure, dans la mesure où leur nombre dépasse le double des sièges à repourvoir, les suffrages recueillis précédemment servant de critère d'élimination²⁸. Dans certains cas, cette règle est quelque peu modulée, dans le sens que ce sont successivement les candidats ayant obtenu le moins de suffrages qui sont éliminés²⁹; ce système concerne exclusivement les scrutins uninominaux comme, par exemple, l'élection du président du Conseil d'Etat³⁰.

Quant à la règle à appliquer en cas d'égalité de suffrages – situation pouvant se présenter, pour l'élection du syndic, au troisième tour de scrutin à la majorité relative – le régime juridique de toutes les autres élections prévoit le tirage au sort. Tel est notamment le cas pour l'élection des conseillers communaux³¹. Pour les élections auxquelles procède le Grand Conseil, l'article 106 alinéa 6 LRGC prévoit également le tirage au sort. On retrouve le même système dans les communes pour l'élection des commissions³², ainsi qu'aux nominations et désignations du conseil communal³³.

L'élection du syndic semble donc être la seule élection sans règle en cas d'égalité de suffrages au tour de scrutin tranché à la majorité relative. Il ne s'agit pas d'une lacune, car la commission parlementaire de l'époque avait écarté la proposition visant à introduire une règle spécifique dans la disposition consacrée à l'élection du syndic³⁴. Lors des débats du Grand Conseil, l'article fut adopté avec un simple amendement réglant le mode d'élection (majorité absolue aux deux premiers tours, relative dès le troisième tour)³⁵. Cette teneur fut maintenue en 1988, contre l'avis du Conseil d'Etat qui proposait de prévoir la majorité relative au deuxième tour de scrutin déjà, par analogie aux autres élections prévues par la loi sur les communes³⁶. Plaidant en faveur du maintien du système en vigueur, le rapporteur exposait notamment qu'« étant donné la constellation politique de nos conseils communaux, il est nécessaire de laisser un peu de temps, afin que les ajustements nécessaires puissent s'opérer ». D'autres aspects de l'élection du syndic, tels que la règle à adopter en cas d'égalité des suffrages, ne furent pas abordés lors de cette révision partielle.

²⁸ Art. 90 al. 2 et 3 LEDP, 105 al. 3 de la loi portant règlement du Grand Conseil, LRGC, RSF 121.1.

²⁹ Art. 104 al. 2 LRGC.

³⁰ Art. 104 al. 1 LRGC.

³¹ Art. 89 al. 3 LEDP.

³² Art. 19 LCo, 19 al. 2 du règlement d'exécution de la LCo, RELCo, RSF 140.11.

³³ Art. 64 al. 4 4^e phr. LCo.

³⁴ P. 7 du procès-verbal de la 13^{ème} séance, du 11 avril 1979, de la commission parlementaire chargée d'examiner le projet de loi numéro 68 sur les communes.

³⁵ BGC 1979, pages 1920 et suivantes.

³⁶ BGC 1988, page 1084.

Aujourd'hui, il s'avère que le défaut de règles applicables en cas d'égalité de voix comporte le risque que les scrutins se multiplient. Cette situation doit être corrigée.

La proposition tend à ce que, sur le modèle de l'élection du conseil fédéral, la personne qui a recueilli le moins de voix dès le troisième tour se retire. L'hypothèse que chacun des candidats recueille des voix égales demeure réelle, dans les conseils communaux à neuf membres notamment. Dans un tel cas, il appartiendrait au sort de trancher.

Article 61

Dès lors qu'on donne au syndic des pouvoirs accrus³⁷, il se justifie de les réserver lorsque la loi consacre le principe de la collégialité.

L'article 61 oblige par ailleurs la commune à se doter d'un règlement d'organisation portant sur des questions qui, ces dernières années, ont donné lieu à débats et litiges. Si l'on veut éviter la suspicion permanente sur tel édile qui emporte des dossiers chez lui, ou qui conserve des documents administratifs une fois son mandat terminé, il est préférable de régler ces questions dans un texte clair. Il n'est pas admissible, non plus, que des procès-verbaux de séances de conseil communal soient transmis par courrier électronique au domicile privé des conseillers communaux : le secret de fonction est à l'évidence mis en danger. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat déterminera le contenu minimal d'un tel règlement.

Pour aider les communes dans la rédaction de ce règlement, l'Etat pourrait, de concert avec l'association des communes, en établir un exemplaire-type.

Article 61a

Le choix du groupe de travail de donner au premier citoyen de la commune des responsabilités supplémentaires doit être concrétisé dans une base légale. Si, dans la pratique, on peut exiger du syndic qu'il dirige les délibérations du conseil, respectivement qu'il assure le bon ordre de l'administration communale, il n'est pas inutile de le dire clairement.

Articles 67 alinéa 4, 2^{ème} phrase (et 115 al. 4bis)

Actuellement, le mandat des commissions prend fin avec la fin de la période administrative³⁸. S'agissant des délégués des communes dans les associations de communes, il semble que leur mandat ne puisse aller au-delà de la période administrative - l'inverse serait en revanche possible³⁹.

La commune de Guin a suggéré, de façon informelle, d'examiner la question de modifier ce système en prévoyant que les commissions et les délégués demeurent

³⁷ Cf. les articles 61a et 150 LCo.

³⁸ Art. 67 al. 4 LCo.

³⁹ Art. 115 al. 4 LCo.

en fonction jusqu'à leur renouvellement. Elle faisait état d'un cas d'urgence qu'une commission scolaire devait régler le lendemain d'une assermentation, alors que la nouvelle commission n'avait pas été constituée. C'est l'ancienne commission qui avait pris la décision.

Cette suggestion est opportune. Elle est concrétisée par les articles 67 alinéa 4 2^{ème} phrase et 115 alinéa 4bis de l'avant-projet.

Article 84 alinéa 2bis et 3

Cette disposition concrétise le postulat de l'article 19 alinéa 2 de la Constitution fribourgeoise du 16 mai 2004 : « *Le droit à l'information est garanti. Toute personne peut consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.* » Ainsi, aucune distinction n'est faite, désormais, entre règlements de portée générale et règlements administratifs du point de vue de leur publicité.

Article 86a

Cette disposition remplace l'article 55 RELCo. Le respect des normes de la comptabilité publique doit être ancré dans la loi. Cette disposition implique également une modification de l'article 122.

Article 94 alinéa 1

Le groupe de travail n'a pas voulu ôter au conseil communal, responsable de la comptabilité communale, la compétence de procéder à la vérification de la caisse. Ce contrôle pourra toutefois être exercé par l'organe de révision, sur requête du conseil communal.

Article 95 alinéas 5 et 6

Compte tenu de la création d'un organe de révision externe⁴⁰, il tombe sous le sens que le rapport de cet organe doit être déféré à la commission financière, puis à l'assemblée communale ou au conseil général.

Article 97 alinéa 1 lettre c

Rapport soit au commentaire des articles 98 et suivants.

⁴⁰ Cf. articles 98 et suivants LCo.

Articles 98 à 98f

1. Généralités

Ces dispositions visent à concrétiser l'article 84 alinéa 2 de la Constitution fribourgeoise du 16 mai 2004, selon lequel « *la surveillance des finances de l'Etat et des communes est assurée par un organe dont l'indépendance est requise* ».

Il s'agit de décharger la commission financière de la vérification des comptes. Pour les motifs discutés, cette tâche revêt des qualifications professionnelles particulières que ne peuvent désormais assumer que des personnes formées à cet effet. Il est prévu de confier désormais le travail de révision à des personnes (physiques ou morales, telles que fiduciaires) indépendantes.

Le projet de modification du code des obligations distingue le contrôle ordinaire du contrôle restreint. Le contrôle est plus sévère pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, qui ont lancé des emprunts par obligations ou dont le total du bilan, le chiffre d'affaires ou l'effectif dépasse un certain chiffre.

On aurait ainsi pu imaginer d'opérer une distinction entre « *petites* » et « *grandes* » communes en allégeant le mode de révision des premières pour se montrer plus exigeant à l'endroit des secondes. Une telle solution serait fautive et hasardeuse. Rien ne permet de démontrer, en effet, que le risque d'irrégularités serait plus grand dans les grandes communes. De plus, un conseil communal de milice ne peut, à l'évidence, pas exercer un contrôle permanent et acéré sur les comptes et a tendance à s'en remettre au caissier et à la commission financière. Des réviseurs professionnels lui donneront désormais la garantie que la comptabilité est exactement tenue. Au surplus, la nature du travail du réviseur est identique, quelle que soit la taille de la commune. Enfin, une telle distinction contredirait l'effort de l'Etat dans l'encouragement des fusions.

Les articles 98 à 98f s'inspirent des dispositions du projet de modification du code des obligations relatif à la révision des comptes des sociétés anonymes. Cette parenté n'est pas gratuite : elle permet de déterminer plus aisément ce que l'on entend par « *qualifications particulières, indépendance, rapport de révision, réserves dans le rapport, renvoi des comptes* », en s'inspirant précisément des solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence relatives au droit de la SA.

A cet égard, trois solutions étaient possibles :

1° exiger que le réviseur dispose des qualifications nécessaires, le Conseil d'Etat posant un certain nombre de règles à cet égard ;

2° n'autoriser que les réviseurs au bénéfice d'un agrément au sens du projet de loi fédérale sur la surveillance de la révision ; la difficulté réside dans le fait que cette loi n'est pas en vigueur ;

3° donner au Conseil d'Etat la compétence de délivrer une habilitation.

La première variante a été retenue. En effet, la loi fédérale sur la surveillance de la

révision vient d'être transmise au Parlement et on ignore le sort qui lui sera donné ; dès lors, un renvoi à un texte non connu est hasardeux. Par ailleurs, l'octroi d'une habilitation nécessiterait un contrôle conséquent et, partant, des moyens administratifs supplémentaires.

Il était aussi nécessaire d'adapter le contrôle des comptes des associations de communes, en renvoyant simplement aux solutions choisies pour les communes.

2. Le statut de l'organe de révision

A l'heure actuelle, la commission financière n'est pas citée parmi les organes de la commune. L'organe de révision prévu par le présent projet doit-il être considéré comme un véritable organe ?

Cette question revêt une importance pratique : sa résolution est indispensable pour déterminer qui, des tribunaux civil ou administratif⁴¹, sera amené à trancher les différends entre la collectivité et le réviseur, hors les cas de responsabilité (par exemple les honoraires). Elle peut également avoir son utilité pour déterminer le fondement de la responsabilité du réviseur.

Les cantons de Berne et du Valais ont, eux aussi, décidé de confier le contrôle des comptes à des réviseurs externes indépendants. Quelle est leur position ? La loi bernoise sur la commune ne place pas les réviseurs au chapitre des organes communaux. Selon Markus Müller, cependant, il ne fait aucun doute que l'entité responsable de la révision des comptes communaux constitue un organe. Ce principe, qui vaut par exemple pour les sociétés anonymes, est également valable pour les communes⁴². La loi valaisanne sur les communes cite expressément l'organe de révision au sein des organes communaux⁴³.

Le groupe de travail observe toutefois que, même si le code des obligations prévoit que l'organe de révision est l'un des trois organes de la société anonyme, la question reste divisée en doctrine.

Il est douteux, au demeurant, qu'une personne physique ou morale chargée professionnellement de réviser les comptes d'une commune constitue un véritable organe de celle-ci.

Même si l'on devait admettre que le réviseur est un organe de la commune, se pose la question de savoir si un lien contractuel l'unit à celle-ci. Dans la société anonyme, l'organe de révision revêt un caractère hybride, mi-organe social, mi-mandataire contractuel. Il n'y a aucune raison pour qu'il en aille différemment en matière de révision des comptes communaux. Il s'agit alors de déterminer si l'on a affaire à un contrat de droit privé (soit un contrat de mandat, au sens des articles 398 et suivants du code des obligations) ou un contrat de droit administratif.

⁴¹ Cf. article 121 CPJA

⁴² KOMMENTAR ZUM GEMEINDEGESETZ DES KANTONS BERN/MARKUS MÜLLER, Berne 1999, Ad Art. 10, Nr.3.

⁴³ Article 4 de la loi sur les communes du 5 février 2004 ; RS 175.1.

Selon la conception classique, le contrat de droit administratif est un accord de manifestations de volonté, portant sur une *tâche d'intérêt public*, ayant force obligatoire et soumis au droit public. Au contraire d'un acte administratif, le contrat de droit administratif porte en général une double signature ; de plus, les parties au contrat se caractérisent par leur égalité et leur autonomie, soit par des qualités que l'auteur et le destinataire d'un acte administratif, quel qu'il soit, n'ont pas au même degré. Le contrat a pour objet une tâche d'intérêt public. C'est par cet aspect qu'il se distingue du contrat de droit privé, qui vise des fins privées. On peut citer, à cet égard, les contrats dits de collaboration, qui peuvent unir une collectivité publique et un administré qui est associé à l'exécution d'une tâche d'intérêt public⁴⁴. Ainsi, la distinction entre contrat de droit administratif et de droit privé s'oriente autour du concept d'intérêt public. La jurisprudence comme la doctrine récente déclarent qu'un contrat est de droit administratif parce que son objet est régi par le droit public. En l'absence de dispositions légales expresses, on examinera si et dans quelle mesure le contrat en cause s'intégrera dans une activité proprement publique : une convention relève notamment du droit administratif lorsqu'elle met directement en jeu l'intérêt public, parce qu'elle a pour objet une tâche d'administration publique ou une dépendance du domaine public⁴⁵.

Il n'est pas possible d'affirmer qu'on a affaire, en l'espèce, à un contrat de droit administratif. La circonstance que le réviseur contrôle les comptes d'une collectivité publique, certifiant aux citoyens qu'ils sont exactement tenus, donnerait à penser qu'il remplit une mission d'intérêt public. On peut néanmoins objecter que chaque citoyen a également intérêt à ce qu'une route soit construite conformément aux normes en vigueur ; pourtant, le contrat unissant la commune à l'entrepreneur de travaux publics est de nature purement privée.

Il appartiendra à la jurisprudence de trancher.

3. Le fondement de la responsabilité du réviseur

Deux cas de figure peuvent se présenter :

1° Un créancier prétend avoir été la victime de la violation de ses devoirs par le réviseur d'une commune (cf. l'exemple de Loèche-les-Bains). Peut-il agir directement contre le réviseur ?

2° Une commune prétend avoir subi un dommage du chef de la violation de ses devoirs par le réviseur. Comment peut-elle obtenir réparation de son préjudice ?

Pour répondre à ces questions, il faut déterminer le fondement de la responsabilité du réviseur.

1° Si l'on considère que le réviseur est lié à la commune par un contrat (de droit privé) de mandat, cette dernière pourra faire valoir ses prétentions en invoquant les

⁴⁴ Cf. ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1986, pages 444 et suivantes.

⁴⁵ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume II, Berne 2002, pages 363 et suivantes.

dispositions du code des obligations relatives à la responsabilité du mandataire⁴⁶. Quant au tiers lésé par le réviseur, il devra faire appel aux articles 41 et suivants du code des obligations. Si l'on admet qu'on a affaire à un contrat de droit administratif, ce seront les règles propres à ce genre de contrat qui seront applicables.

2° Si l'on considère que le réviseur est un organe de la commune, le régime de la responsabilité mis en place par la loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents⁴⁷ est alors applicable ; l'article 3 de cette loi vise en effet les organes des collectivités.

4. Droit des marchés publics

Les prestations de révision sont-elles assujetties au droit des marchés publics ?

Les dispositions légales applicables sont les suivantes:

- accord bilatéral sur certains aspects relatifs aux marchés publics conclu entre la Suisse et l'Union Européenne;
- accord intercantonal sur les marchés publics dans sa version révisée du 15 mars 2001 (ci-après AIMP rév.) ;
- règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP ; RSF 122.91.11).

1° *L'accord bilatéral sur les marchés publics s'applique aux marchés de construction, de fourniture et de services. Seule cette dernière catégorie de marchés entre en ligne de compte en l'espèce.*

Les prestations de services sont définies dans une liste exhaustive figurant à l'annexe VI de l'accord bilatéral. Les prestations qui ne sont pas intégrées dans cette liste ne sont par conséquent pas assujetties à l'accord bilatéral⁴⁸. Or, l'annexe VI de l'accord bilatéral intègre les services comptables, d'audit et de tenue de livres. Pour expliciter ces notions, cette annexe renvoie à une liste CPC qui est une classification complète (en langue anglaise) des biens et des services, élaborée dans le cadre des Nations Unies⁴⁹. On peut en retirer que sont des marchés publics les services de révision comptable⁵⁰. Compte tenu de cet élément, *on doit retenir que le marché de révision est assujetti à l'accord bilatéral.*

2° Dans sa version initiale, *l'AIMP* se référait également à une liste exhaustive de prestations de services. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, *l'AIMP* révisé assujettissant sans limitation tous les marchés des adjudicateurs publics⁵¹.

Il en découle que *l'AIMP* révisé s'applique non seulement aux services définis à l'annexe VI de l'accord bilatéral, mais également à d'autres services non inclus dans cette liste⁵². On peut dès lors considérer que le champ d'application de *l'AIMP* révisé

⁴⁶ Articles 398 et suivants du code des obligations.

⁴⁷ LResp ; RSF 16.1.

⁴⁸ Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 11.10.2001, DC 2/2002 p. 68 n° S1; BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics, RDAF 2001 p. 372.

⁴⁹ Voir BELLANGER, La classification des services soumis à *l'AIMP*, DC 4/2000 p. 123.

⁵⁰ Voir n° CPC 86212 : "accounting review services".

⁵¹ article 6 alinéa 2 *AIMP* rév.

⁵² Pour cette problématique, voir ESSEIVA, Les nouvelles législations, Colloque marchés publics 2002, pages 10 et suivantes.

est nettement plus large que celui de l'accord bilatéral. A fortiori, doit-on retenir que *l'AIMP révisé assujettit également les prestations de révision comptable?*

La procédure est réglée ainsi :

1° Conformément à l'AIMP révisé, les marchés de services de révision comptable peuvent être adjugés de gré à gré jusqu'à une valeur de marché de Fr. 150'000.--⁵³. La procédure d'invitation à soumissionner n'est possible que pour les marchés dont la valeur se situe entre Fr. 150'000.-- et Fr. 250'000.--. Au-delà d'une valeur de marché de Fr. 250'000.-, l'appel d'offres est obligatoire. Ces valeurs seuil sont applicables dans le canton de Fribourg.

2° Pour calculer la valeur de marché déterminante, on estimera de manière prudente, au stade de l'appel d'offres, toutes les formes de rémunération que devra verser le pouvoir adjudicateur à la fiduciaire adjudicataire, TVA non comprise⁵⁴. En cas d'erreur fautive d'estimation de la valeur du marché à la baisse et de choix d'une procédure exceptionnelle (de gré à gré ou d'invitation à soumissionner) au lieu d'une procédure avec appel d'offres, le pouvoir adjudicateur s'expose à une annulation sur recours de la décision d'adjudication.

3° Une question demeure : pour quelle *durée* convient-t-il de comptabiliser les honoraires du mandat de réviseur ?

Si le contrat de mandat est conclu pour une durée déterminée, c'est la valeur des honoraires pour cette durée qui doit être prise en compte. Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, on doit additionner les valeurs d'honoraires calculées sur quatre ans⁵⁵. Les contrats conclus pour une durée inférieure à quatre ans et qui contiennent une clause tacite de reconduction doivent être considérés comme des contrats de durée indéterminée car, en cas de doute, on doit se baser sur la valeur supérieure du marché⁵⁶. Si le marché contient des options, on doit ajouter leur valeur⁵⁷.

En l'espèce, s'inspirant du projet de révision du code des obligations, le groupe de travail propose que l'organe de révision soit élu pour un à trois exercices annuels. Toutefois, lorsque le marché se renouvelle régulièrement (en raison du besoin) comme c'est le cas pour la révision comptable, l'article 5 alinéa 1 RMP FR⁵⁸ prévoit qu'il faut ajouter aux honoraires déterminants soit la valeur des contrats analogues passés au cours de l'exercice précédent, soit la valeur estimée des contrats à passer au cours de l'exercice suivant.

Il ne serait pas conforme au droit des marchés publics que, sous prétexte que l'organe de révision fait l'objet d'une élection ou d'une réélection tous les un, deux ou trois ans, il ne faudrait tenir compte que des honoraires de l'organe pour la période d'élection.

⁵³ Voir annexe 2 AIMP rév.

⁵⁴ Article 7 alinéa 1ter AIMP.

⁵⁵ Articles II alinéa 5 AMP et 5 alinéa 2 RMP FR.

⁵⁶ Dans ce sens, voir ESSEIVA, Les marchés publics d'assurances in: Revue fribourgeoise de jurisprudence, Numéro spécial, Le droit au mouvement, Fribourg 2002, page 256.

⁵⁷ De manière générale, cf. article II alinéas 4 et 5 AMP ; article 5 alinéas 1 et 3 RMP FR.

⁵⁸ Cf. ég. article II alinéa 5 AMP.

On voit ainsi que cette question est délicate.

Article 98

Pour être crédible, l'organe de révision doit détenir sa légitimité de l'assemblée législative de la commune. La commune pourra librement choisir la durée du mandat du réviseur entre un et trois ans.

En règle générale, l'organe de révision sera une personne morale, autrement dit une fiduciaire spécialisée dans ce genre de travaux. Il n'est pas interdit de penser que, dans certaines communes, une ou plusieurs personnes physiques soient désignées.

Article 98c

Il est indispensable que les motifs de la démission ou de la révocation d'un organe de révision soient soumis au Service des communes : de telles décisions sont en effet parfois lourdes de sens, et il s'agit de prévenir toute dérive.

Article 98d

Outre les tâches traditionnelles d'audit comptable, l'organe de révision doit procéder à un certain nombre de vérifications spécifiques aux finances communales. Le groupe de travail pense notamment aux participations à des collectivités de droit public ou de droit privé, l'évaluation des autres éléments de la fortune et de leur rendement, mais encore à l'emploi des crédits.

Article 98e

Le contenu du rapport est inspiré des règles prévues par le projet de modification de la surveillance de la révision.

Pour être déchargée de son rôle de vérificatrice des comptes, la commission financière n'en conserve pas moins sa tâche d'examen des finances communales. C'est la raison pour laquelle une copie du rapport de révision devra lui être soumise avant l'assemblée communale ou la séance du conseil général.

Article 98f

L'organe de révision devra se soumettre à certains avis obligatoires, pour le cas où des violations de la loi, respectivement des irrégularités comptables sont constatées. Il en avertira d'abord le conseil communal puis, en cas d'absence de réaction, le Service des communes.

Article 115 al. 4bis

Rapport soit au commentaire de l'article 67 alinéa 4, 2^{ème} phrase.

Articles 116 alinéa 2 lettre g à 130

Les comptes des associations de communes feront l'objet des mêmes vérifications que les communes. Il n'y a aucune raison de les traiter différemment, d'autant que leurs budgets dépassent souvent celui des communes qui en sont membres.

Articles 133a et 134

Ces dispositions ont pour but de concrétiser le mandat constitutionnel qui impose désormais une consultation populaire en cas de fusion de communes. La population sera systématiquement consultée par la voie des urnes, que l'initiative de la fusion revienne au conseil communal ou à l'organe législatif (assemblée communale ou conseil général).

Pour le cas où l'initiative provient d'un dixième au moins des citoyens actifs, la procédure est régie par la loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques⁵⁹ à l'exception des règles sur la validation et la transmission.

CHAPITRE VIII

Surveillance des communes et des associations de communes

Section 1

Dispositions générales

Pour les motifs exposés, il a été décidé de regrouper dans un seul chapitre les dispositions relatives à la surveillance des communes et des associations de communes.

Articles 144 et 145

L'erreur qui émaille le texte actuel de la loi (compétence résiduelle attribuée et au Conseil d'Etat et à la Direction) doit être corrigée, cette compétence étant réservée à la Direction. Il faut laisser au Conseil d'Etat les compétences qui procèdent véritablement de la souveraineté gouvernementale, savoir la révocation d'un édile et l'administration exceptionnelle de la commune.

⁵⁹ LEDP ; RSF 115.1.

Article 145

D'aucuns ont pu penser – et dire – que le Service des communes assurait une véritable révision des comptes communaux.

Tel n'a jamais été le cas. La vérification des comptes incombe exclusivement à la commission financière⁶⁰. Le Service des communes exerçait un contrôle formel (régularité des comptes au regard du plan comptable, respect des équilibres financiers). Même si la répartition des rôles ne suscite aucune discussion, le groupe de travail estime judicieux de préciser la teneur du texte légal.

Article 146

Il s'agit de régler la question, lancinante, de la surveillance des associations de communes présidées ou dans lesquelles le préfet assume un rôle dirigeant.

A l'heure actuelle, lorsque le préfet exerce une fonction au sein du comité de direction de l'association en cause, c'est la Direction désignée par le Conseil d'Etat qui exerce la haute surveillance⁶¹. Or, le Conseil d'Etat n'a jamais désigné les directions chargées d'exercer cette tâche.

Il paraît naturel que l'exercice de cette surveillance soit assumé par un magistrat de même niveau. La solution préconisée reprend celles des articles 131 alinéa 2 et 157 alinéa 2 LCo nouveaux.

La question a été posée de tolérer que les associations de communes dont seule l'assemblée des délégués est présidée par le préfet soient surveillées par celui-ci. Le groupe de travail a choisi de ne point traiter ces associations différemment de celles dans lesquelles le préfet assume un rôle dirigeant.

Article 148 alinéa 2

On peut se poser la question de savoir si un contrôle systématique, *a priori*, des règlements communaux, est encore justifié. Certes, il favorise la légalité et l'uniformité des réglementations. Il permet également à l'Etat de contrôler que les compétences déléguées aux communes sont correctement exécutées. On pourrait concevoir, toutefois, que ce contrôle abstrait soit remplacé par un contrôle concret (à l'occasion de la contestation d'une décision reposant sur un règlement communal).

De surcroît, si l'on veut donner plus de responsabilités aux communes – ce qu'elles demandent – il leur appartient de prendre les mesures pour rédiger des règlements conformes au droit et, pour cela, de faire appel à un juriste. L'Etat pourrait être à disposition pour éclairer les communes sur tel ou tel point, mais non pour les remplacer dans la rédaction d'une réglementation qui leur est propre.

⁶⁰ Art. 97 al. 1 let. c LCo.

⁶¹ Art. 130 al. 2 LCo.

Il n'est pas certain, en revanche, que ce contrôle concret soit de nature à décharger l'Etat. En effet, en cas de contestation, les services de l'Etat devraient procéder à un examen qui pourrait se révéler plus long et plus difficile.

Enfin, même si le contrôle exercé par l'Etat n'implique pas la garantie que la réglementation communale soit conforme à la Constitution et aux lois fédérales, ainsi qu'au droit cantonal (lesquels peuvent changer), il permet toutefois d'éviter qu'un texte communal manifestement contraire à la loi soit appliqué. L'adoption d'un tel texte pourrait conduire la commune à des difficultés importantes si, par hypothèse, elle devait avoir encaissé durant plusieurs années des taxes sur la base d'un règlement qui serait jugé contraire au droit.

Pour ces raisons, il a été décidé de maintenir le contrôle *a priori*.

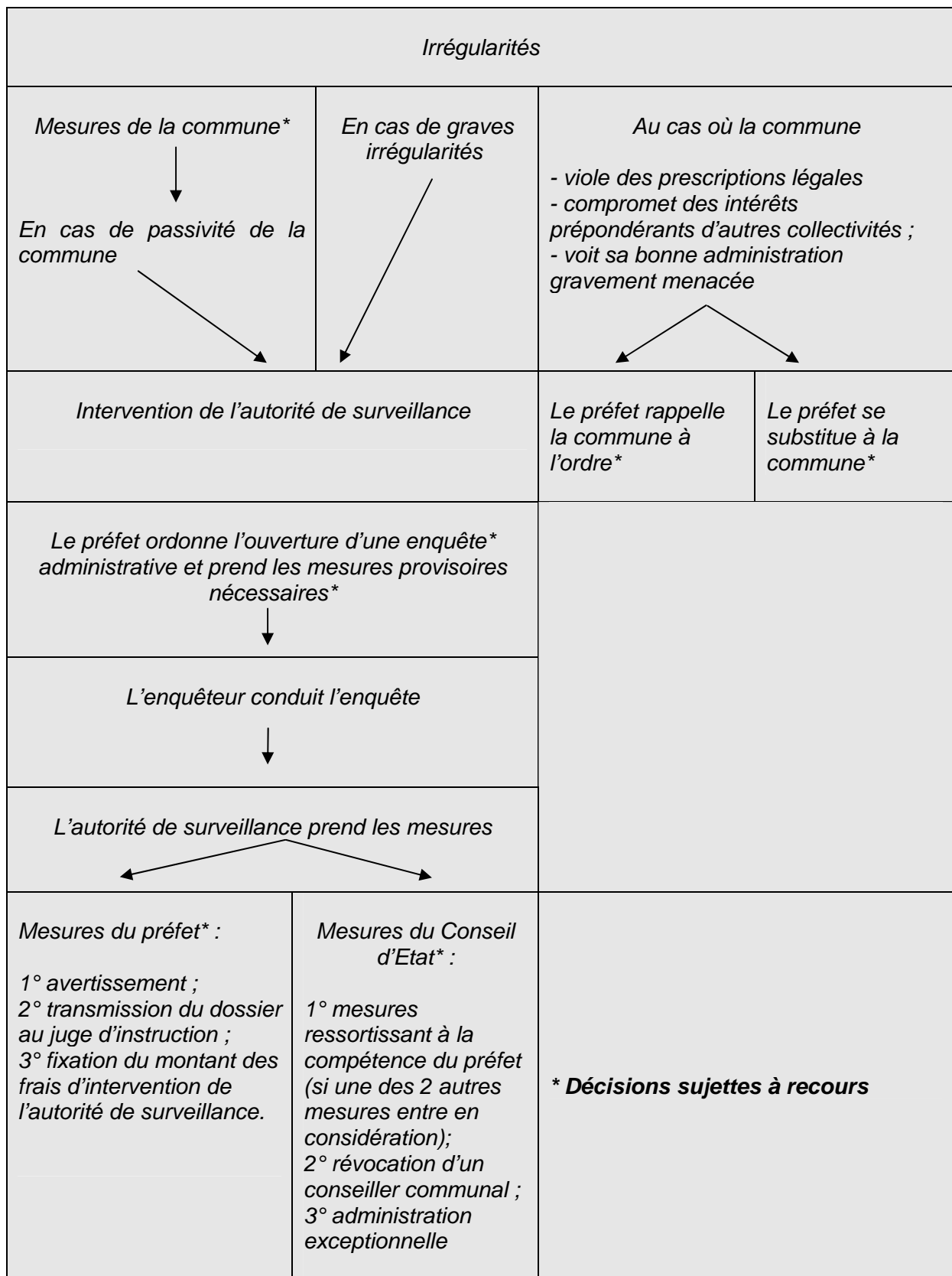
Section 2

Mesures en cas d'irrégularités

Cette section, consacrée aux mesures en cas d'irrégularités, appelle les remarques suivantes.

En premier lieu, il s'agit d'ancrer dans la loi le *principe de responsabilisation* de la commune. Celle-ci doit rechercher elle-même les causes des irrégularités constatées et prendre les mesures nécessaires (article 150). L'autorité de surveillance n'intervient qu'à titre subsidiaire. Le personnage central de cette auto-surveillance est le syndic (et, à un second plan, le président du conseil général et le président du comité de direction de l'association de communes). C'est à lui qu'appartient le devoir de chercher à résoudre la difficulté. Il pourra notamment décider seul de l'ouverture d'une enquête administrative et décharger provisoirement un conseiller de son dicastère (article 150a). Il devra informer le préfet de l'évolution de la situation (article 150b). Il est ainsi doté de pouvoirs spéciaux et n'a pas à obtenir l'aval du collègue avant de décider, par exemple d'ordonner une enquête administrative. Cette innovation présente un double avantage : d'une part, elle empêche les blocages qu'une saisine du conseil communal peut entraîner ; d'autre part, elle évacue définitivement la critique de dilution de la responsabilité qui a pu être faite ici et là. Le groupe de travail a considéré que ce pouvoir spécial accordé au syndic ne supposait pas son élection par le peuple.

En deuxième lieu, le groupe de travail s'est attaché à simplifier la procédure. Désormais, en cas d'irrégularités non résolues par la commune, le préfet devient la plaque tournante du processus, le Gouvernement étant chargé de prendre les décisions les plus graves : révocation d'un conseiller communal, administration exceptionnelle. Ces décisions touchent en effet à la vie démocratique et nécessitent qu'elles émanent du Conseil d'Etat, ce qui leur donne par ailleurs une certaine solennité. La procédure peut être schématisée ainsi :



En troisième et dernier lieu, les conditions auxquelles un conseiller communal peut être révoqué ont été allégées.

Article 151b

La *procédure d'enquête* sera précisée dans le règlement d'exécution. On peut, d'ores et déjà, en décrire les grandes lignes en proposant le texte suivant :

<p>Modifications du RELCo</p> <p>CHAPITRE VIa Surveillance des communes et des associations de communes</p> <p>Art. 73a <i>Procédure d'enquête</i> a) <i>Instruction préliminaire</i></p> <p>¹ <i>Avant d'ouvrir formellement une enquête, le préfet dresse un état de la situation. Le cas échéant, il tente la conciliation entre les différentes parties intéressées.</i></p> <p>² <i>Si ses démarches aboutissent, il en consigne le résultat dans un rapport qu'il adresse à la Direction chargée des communes.</i></p> <p>Art. 73b b) <i>Ordonnance d'ouverture d'enquête</i></p> <p>¹ <i>Le préfet rend une ordonnance d'ouverture d'enquête administrative.</i></p> <p>² <i>L'ordonnance d'ouverture d'enquête a pour but :</i></p> <p>a) <i>d'ouvrir formellement l'enquête administrative ;</i></p> <p>b) <i>de désigner les personnes à l'encontre desquelles l'enquête est éventuellement dirigée ;</i> [b) <i>de désigner les personnes concernées par l'enquête ;]</i></p> <p>c) <i>de désigner l'enquêteur ;</i></p> <p>d) <i>de formuler l'objet de l'enquête, ainsi que les griefs éventuels sur lesquels elle doit porter ;</i></p> <p>e) <i>de régler la relation procédurale avec une éventuelle enquête pénale.</i></p> <p>Art. 73b c) <i>Enquête administrative</i></p> <p>¹ <i>L'enquête administrative est conduite par la personne désignée par l'ordonnance d'ouverture d'enquête.</i></p>
--

² L'enquête a pour but :

- a) de constater les irrégularités [ou les dysfonctionnements] affectant la commune ou l'association de communes ;
- b) d'en déterminer les causes ;
- c) de proposer les mesures propres à y remédier.

Art. 73c d) Consultation du dossier

¹ Une fois l'enquête terminée, l'enquêteur met le dossier en consultation.

² Les personnes [contre lesquelles l'enquête est dirigée] concernées par l'enquête peuvent se déterminer sur le résultat de l'enquête et demander un complément d'enquête. Elles disposent à cet effet d'un délai de 20 jours, non prolongeable.

Art. 73d e) Complément d'enquête

L'enquêteur décide si et dans quelle mesure un complément d'enquête doit être ordonné.

Art. 73e f) Rapport final et clôture de l'enquête

¹ L'enquêteur rédige un rapport final qui contient notamment :

- a) un état de fait ;
- b) la qualification juridique des faits prouvés par l'enquête ;
- c) les mesures prises, si elles ressortissent exclusivement à sa compétence ;
- d) le cas échéant, les mesures proposées à l'autorité de surveillance.

² L'autorité de surveillance ordonne la clôture de l'enquête dans le même temps qu'elle prononce une mesure.

Il appartiendra naturellement au Conseil d'Etat d'arrêter le texte dudit règlement.

Article 151c

Au terme de l'enquête, le préfet pourra prendre quatre types de mesures : l'avertissement, la transmission du dossier au juge d'instruction si des actes pénaux

pourraient avoir été commis, la transmission du dossier au Conseil d'Etat si une mesure de révocation ou d'administration exceptionnelle entre en considération, la décision sur les frais de la procédure.

Certes, les deux mesures les plus incisives (révocation d'un conseiller communal et administration exceptionnelle) restent dans la sphère de compétence du Conseil d'Etat. Il n'en demeure que la nouvelle procédure permettra des gains de temps appréciables, puisque le préfet pourra décider seul d'un rappel à l'ordre, d'une substitution, des mesures provisionnelles, de l'ouverture d'une enquête administrative. Le Conseil d'Etat n'interviendra que sur requête du préfet, une fois que l'enquête aura abouti.

Article 151d

Pour pouvoir agir rapidement s'il venait à constater des irrégularités dans son domaine de compétence, le Service des communes doit disposer des mêmes outils que le préfet.

Article 151e

Pour les motifs déjà exposés, les mesures les plus graves, qui touchent à la personne du conseiller communal ou à l'administration de la commune, doivent demeurer dans la sphère de compétence du Conseil d'Etat.

Article 151f

Il revient à la collectivité directement concernée, soit la commune, de prendre en charge les frais d'intervention de l'autorité de surveillance.

Article 77 LEDP

A l'heure actuelle, l'article 77 LEDP (qui a trait à la vacance d'un siège) a la teneur suivante :

« **Art. 77** *Vacance d'un siège*

a) *Substitution*

¹ *En cas de vacance d'un siège en cours de législature, la personne en tête des viennent-ensuite de la liste concernée est proclamée élue :*

a) *par le préfet, dans le cas de l'élection au Grand Conseil ;*

b) *par le conseil communal, dans le cas des élections au conseil communal et au conseil général.*

² *Si elle décline son élection, le siège est attribué à la personne suivante. Lors d'une vacance ultérieure, son nom est à nouveau pris en considération.*

³ *En cas d'égalité de suffrages entre plusieurs viennent-ensuite, l'article 76 al. 3 et 4*

est applicable par analogie. »

Aucun délai n'est fixé à la personne proclamée élue pour décliner son élection. D'où, des situations ubuesques rencontrées à l'une ou l'autre occasion, la personne en cause laissant entretenir le suspense avant de décliner son élection...

Un remède est proposé, en ce sens que la personne proclamée élue dispose d'un délai de trois jours pour décliner son élection. Elle pourra certes toujours donner sa démission, mais la modification proposée aura le mérite de prévenir certains comportements.
