

Droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre

Analyse des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

Rapport à l'intention de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC)

Kurt Nuspliger, professeur et docteur en droit

Berne, le 22 août 2022

Sommaire

Résumé	Page 4
I. Bases	Page 8
II. Participation aux décisions et à la mise en œuvre	Page 20
III. Atelier du 13 juin 2022 : 13 thèses	Page 39
IV. Réformes	Page 45
Trois options envisageables :	
A. Compléter les commentaires relatifs aux droits de participation prévus par l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI).	Page 47
B. Élaborer un guide des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.	Page 51
C. Remanier le texte de l'ACI portant sur les droits de participation.	Page 55
Conclusion	Page 57
Annexes	Page 59

Résumé

1. Contexte

En 2004, le peuple et les cantons ont approuvé la réforme de la péréquation financière et de la compensation des charges. Ce train de mesures entraîne un remaniement complet du fédéralisme. De même, il consolide la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges en tant qu'alternative valable à la réforme territoriale et vise l'exécution adéquate et rationnelle des tâches. Les bénéficiaires de services à la collectivité doivent également en assumer les coûts et prendre les décisions. Il s'agit de compenser de manière équitable les coûts des services profitant à plusieurs cantons en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre. À cet effet, les cantons bénéficiaires ou parties prenantes à des organismes responsables communs se voient octroyer des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Au sein d'un organisme responsable commun, ces droits sont en principe accordés sans réserve et paritairement. Ils ne peuvent être pondérés qu'exceptionnellement, en fonction des engagements financiers respectifs. L'acquéreur des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions.

Il est ressorti d'une enquête réalisée par la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) qu'un certain flou entourait ces droits de participation. C'est pourquoi l'Assemblée plénière CdC du 17 décembre 2021 a décidé de commander un avis de droit en plus de l'analyse sur les indemnités.

Le présent rapport a pour but de dresser un état des lieux du cadre réglementaire (loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges, PFCC ; accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, ACI) et de la mise en œuvre actuelle de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges dans les domaines cités à l'art. 48a Cst. On pense surtout, non seulement à l'analyse des indemnités dans le cadre du rapport sur l'évaluation de l'efficacité, mais aussi aux accords intercantonaux, exemplaires, sur les hautes écoles, sur l'exécution des peines et des mesures et sur les institutions sociales (CIIS). Il s'agira ensuite d'élaborer des propositions pour lever les incertitudes et ainsi améliorer la garantie de l'équivalence fiscale dans la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Du côté des droits de participation, différentes pistes avec chacune un niveau d'ambition différent sont à explorer : compléter les explications relatives à l'ACI, proposer une recommandation séparée ou préciser les dispositions de l'ACI.

2. Bases

Le rapport jette les bases du fédéralisme coopératif et traite de la question de l'équivalence fiscale sous forme de ligne directrice pour l'établissement de conventions intercantionales. Ce principe peut produire des effets juridiques dans la mesure où il est formulé de façon suffisamment explicite dans la loi ou dans les différentes conventions. Le rapport aborde en outre le principe de subsidiarité ainsi que d'autres principes constitutionnels.

La « collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges » provient du droit fédéral, ce qui en simplifie la pratique uniforme sans créer de conflit entre la Confédération et les cantons. Elle a été développée en étroite collaboration avec les cantons et reprise dans l'ACI. Elle couvre toutes les formes de compensation des charges.

La PFCC et l'ACI emploient la formule « participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre », mais renoncent à définir ces termes. La notion de « participation » est large, elle couvre tout un éventail de possibilités : participation dans le cadre d'une audition, consultation formelle sur des projets, implication personnelle de certains acteurs dans la préparation d'une décision, participation à la prise de décision au sein de comités – avec voix consultative ou avec droit de vote plein et entier. Si la participation atteint le niveau de la codécision (*shared decision-making*), il convient de le mentionner expressément dans les bases juridiques applicables.

C'est la signification donnée à ces termes dans les différentes conventions intercantionales qui est donc déterminante.

Lors de la préparation du rapport, l'auteur s'est entretenu avec des professionnels qui ont l'habitude de se pencher sur les questions soulevées par la collaboration intercantonale. Nous avons en outre développé des thèses sur le droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre dans ce cadre, lesquelles ont été discutées le 13 juin 2022 lors d'un atelier d'experts réunissant des représentants des cantons et des conférences intercantionales, ainsi que d'autres acteurs. Ces thèses ont été bien accueillies dans l'ensemble et ont largement été reprises, avec les conclusions de l'atelier, dans la finalisation du présent rapport.

3. Propositions d'optimisation des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre

Le dispositif relatif à la participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges ancré dans la Constitution fédérale (Cst.), la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (PFCC) et l'accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) est largement admis. Des études ont néanmoins montré que des optimisations et des précisions étaient indiquées dans plusieurs domaines. Les trois options suivantes sont envisageables :

- A. Compléter les commentaires relatifs aux droits de participation prévus par l'ACI.
- B. Élaborer un guide des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.
- C. Remanier le texte de l'ACI portant sur les droits de participation.

Le rapport soumet des propositions pour chacune d'entre elles, en tenant compte des principes directeurs suivants :

- La participation est un élément clé du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. L'exercice adéquat des droits de participation vise à assurer une exécution des tâches fondée sur les principes de l'économie, de l'efficacité et de l'efficience.
- Le bon exercice des droits de participation suppose une transparence totale sur les bases financières et sur l'offre de prestations. L'obligation d'informer incombe en premier lieu aux cantons dans lesquels sont implantées les institutions pour l'utilisation desquelles il y a versement de paiements compensatoires au titre d'une convention intercantonale. L'information doit être complète et fournie à temps.

- Le montant des indemnités repose sur un calcul des coûts et des prestations transparent et compréhensible. Il est recommandé d'associer suffisamment tôt les comités spécialisés.
- Les cantons signataires se voient accorder des droits de participation paritaires aux décisions et à la mise en œuvre pour tous les domaines de tâches. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs. Une pondération peut également se révéler nécessaire afin de compenser des déséquilibres importants dans l'utilisation des prestations.
- Certaines décisions peuvent requérir une majorité qualifiée. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Cela permet d'éviter que les cantons sites ne soient mis en minorité par d'autres cantons sur des questions importantes.
- L'acquisition de prestations obéit elle aussi à des principes supérieurs, comme le principe de l'équivalence fiscale, qui repose sur un droit de participation. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation.
- Les conventions intercantionales doivent viser la recherche de solutions sur mesure pour régler la participation. Elles spécifient les organes et les procédures auxquels les droits de participation s'appliquent. Il convient donc de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice des droits de participation.
- On renoncera par principe à associer les organes de direction politiques aux questions opérationnelles. Le succès de la collaboration intercantonale repose dans la plupart des cas sur l'important travail fourni par les comités spécialisés. Ceux mis en place par les concordats ont des compétences propres et il leur revient de préparer des bases décisionnelles à l'intention des organes de direction politiques. Il convient de tirer pleinement parti du potentiel de participation de ces comités spécialisés.
- La coopération intercantonale porte souvent sur des prestations fournies par des institutions soutenues par les cantons. Il convient de respecter l'autonomie et la marge de manœuvre dont jouissent ces institutions.
- Les principes généraux régissant la séparation des pouvoirs s'appliquent également à la collaboration intercantonale. Les gouvernements et les parlements jouissent de compétences propres, qui doivent être en adéquation avec leurs fonctions et leur qualité d'organe. Chaque organe doit jouer le rôle qui lui est conféré par la Constitution.
- Le processus de négociation, de même que le contenu des concordats ayant force de loi sont largement déterminés par l'exécutif. Les parlements cantonaux doivent prendre des décisions de principe démocratiques dans le domaine de la collaboration intercantonale. Ils sont chargés d'approuver les conventions intercantionales relevant de leur domaine de compétence. L'instrument parlementaire leur permet d'influer sur l'action des gouvernements. Des commissions de gestion interparlementaires peuvent être créées au sein des organismes responsables dans le but d'en assurer la haute surveillance.

Afin que les parlements cantonaux puissent accomplir leurs tâches, ils doivent être pleinement informés, au plus tôt et de façon continue des activités transcantionales des gouvernements. Le devoir d'information des gouvernements cantonaux constitue la base indispensable de la participation parlementaire. Cet aspect est réglé

de façon satisfaisante dans l'ACI. La forme concrète des droits de participation parlementaires reste du ressort du droit cantonal au titre de l'autonomie d'organisation des cantons. Les parlements cantonaux peuvent définir eux-mêmes les structures et les processus qui sous-tendent l'exercice de leurs droits de participation. La pratique montre que l'implication au plus tôt des commissions parlementaires permanentes est judicieuse. Les parlements cantonaux décident de façon autonome si et dans quelle mesure ils souhaitent coordonner leurs travaux avec les activités des autres parlements cantonaux.

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges fonctionne dans l'ensemble très bien. Cela vaut également pour les droits de participation des cantons qui y adhèrent. Idéalement, l'exercice des droits de participation améliore l'offre de prestations. La valeur ajoutée pour les citoyens est considérablement plus élevée, ce qui est une preuve d'efficacité du système fédéral. La communication politique devrait en tenir davantage compte.

Le choix de l'option A, B ou C reviendra à l'organe compétent de la CdC. À cette occasion, il conviendra d'évaluer les résultats de l'analyse séparée des indemnités versées en vertu de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, afin de dégager une vision d'ensemble.

I. Bases

1. Introduction

Les développements sociaux et économiques ont donné lieu au début du nouveau millénaire à une réforme complète du fédéralisme. Dans son message sur le projet de réforme, le Conseil fédéral a écrit que le fédéralisme « tend[ait] à perdre de sa substance depuis plusieurs décennies »¹. C'est pourquoi il a présenté au Parlement des propositions de réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), qui se fondent sur des travaux préparatoires réalisés par une organisation de projet à laquelle les cantons ont amplement participé². La RPT poursuivait alors principalement les quatre objectifs suivants :

(1) Désenchevêtrer les tâches entre la Confédération et les cantons

La Confédération est investie de sept tâches, dont la responsabilité des routes nationales et des prestations individuelles de l'AVS et de l'AI. Onze tâches ont été confiées aux cantons, dont la responsabilité de la formation spéciale et les subventions pour la construction et l'exploitation d'institutions pour personnes handicapées.

(2) Renforcer la collaboration fédérale

De nouvelles formes de collaboration et de partage du financement entre la Confédération et les cantons ont été définies dans les domaines où les deux échelons assument des tâches en commun, le but étant d'optimiser la coopération. C'est le cas notamment des transports en agglomération urbaine et des prestations complémentaires.

(3) Rendre le système de péréquation plus efficace

La péréquation vise à renforcer l'autonomie financière des cantons, à réduire les disparités entre cantons en ce qui concerne la capacité financière et la charge fiscale, maintenir la compétitivité fiscale des cantons et garantir aux cantons une dotation minimale en ressources financières. Participent à la péréquation des ressources la Confédération et les cantons à fort potentiel de ressources. La Confédération compense les charges excessives des cantons dues à des facteurs géo-topographiques ou socio-démographiques.

(4) Consolider la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

La collaboration intercantonale doit être consolidée d'une manière générale en veillant à définir une juste compensation des charges, d'abord sur une base volontaire, c'est-à-dire par la conclusion d'accords intercantonaux.³ Pour autant que certaines conditions soient

¹ FF 2002 2291, 2293 ; Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e éd., Berne 2021, § 2, ch. 101 ss.

² FF 2002 2291-2595.

³ Art. 48 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) ; Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann/René Wiederkehr, *Staatsorganisationsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2017, 174 ss.

réunies, la Confédération peut donner force obligatoire générale à des accords intercantonaux dans les neuf domaines énoncés à l'art. 48a Cst.⁴ (par ex. exécution des peines et des mesures, hautes écoles, institutions d'intégration et de prise en charge des personnes handicapées et institutions culturelles d'importance suprarégionale). Certains cantons peuvent ainsi se voir obligés d'adhérer à des accords intercantonaux. À noter toutefois que cet instrument contraignant n'a encore jamais été utilisé.

La coopération intercantonale, en particulier dans les domaines cités à l'art. 48a Cst., est utile et adaptée pour freiner la tendance à la centralisation dans l'exécution des tâches.⁵ Cette tendance apparaît le plus clairement dans la législation que dans l'exécution et est plus faible lorsqu'il s'agit de la répartition des ressources financières⁶.

Le peuple et les cantons ont dit oui à la RPT le 28 novembre 2004.

Le présent rapport traite du droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre dans le quatrième pilier de la RPT.

2. Mandat

2.1 Contexte

Dans leur prise de position sur le troisième rapport sur l'évaluation de l'efficacité, les cantons ont demandé un examen de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, afin d'envisager des mesures d'optimisation de cet instrument de la RPT. Intégré au mandat de l'organe de pilotage politique, ce sujet est un point fort du rapport sur l'évaluation de l'efficacité pour la période 2020-2025.

En 2021, le Secrétariat général CdC (SG CdC) a réalisé une enquête auprès des cantons, des conférences des directeurs et des conférences gouvernementales régionales. Celle-ci révèle une image globalement positive de la collaboration (renforcement de la solidarité, de la subsidiarité et de l'équivalence fiscale, amélioration de l'efficacité des prestations, encouragement de la coordination des offres de prestations et de la répartition du travail entre les cantons). Une minorité significative de cantons manifeste toutefois une certaine incertitude concernant les indemnités et l'organisation des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre.

Partant des résultats de l'enquête et des recommandations émises par les représentants des cantons au sein du Groupe technique chargé du rapport d'évaluation, l'organe de pilotage politique a décidé, lors de sa réunion du 1^{er} novembre 2021, de mandater un bureau externe pour examiner en détail la question des indemnités. Les représentants des cantons ont demandé que soit réalisée en parallèle une analyse des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre, proposition approuvée par l'Assemblée plénière du 17 décembre 2021. Une synthèse sera élaborée à la fin du processus d'évaluation afin d'obtenir une vision d'ensemble de l'équivalence fiscale dans la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

⁴ Giovanni Biaggini, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017, ch. 1 ss sur l'art. 48a Cst.

⁵ Kurt Nuspliger, *Regieren im föderalistischen Staat*, in : Adrian Ritz/Theo Haldemann/Fritz Sager (eds), *Black Box Exekutive*, NZZ Libro, Bâle 2019, p. 148.

⁶ Sean Müller/Paolo Dardanelli, *Kooperation, nicht Wettbewerb mit dem Bund. Ein Forschungsprojekt misst, wie stark die Tendenz zur Zentralisierung in der Schweiz ist*. NZZ du 08.08.2017.

Le mandat d'analyse des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre a été attribué le 11 février 2022 sur la base des principes ci-après.

2.2 Problématique

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges vise à garantir que les cantons qui proposent ou demandent des prestations à la collectivité s'entendent sur une compensation équitable des coûts et l'exercice d'une participation adéquate. À cet effet, les cantons bénéficiaires ou parties prenantes à des organismes responsables communs se voient octroyer des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre⁷. Au sein d'un organisme responsable commun, ces droits sont en principe accordés sans réserve et paritairement. Ce droit ne peut qu'exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs⁸. L'acquéreur des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions⁹. Selon les explications relatives à l'ACI, le droit de participation aux décisions peut se rapporter à l'exploitation courante ou se limiter à un droit d'audit.

Il ressort de l'enquête de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) qu'un certain flou entoure les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre : leur étendue semble contestée dans la sphère politique ; se pose au niveau opérationnel la question de leur mise en œuvre, la fourniture de prestations ne relevant souvent pas du canton fournisseur.

2.3 Objectifs

Le mandat a pour objectif de dresser un état des lieux du cadre juridique (PFCC, ACI) et de la mise en œuvre dans une sélection de domaines cités à l'art. 48a Cst. (en parallèle éventuellement à l'analyse des indemnités : hautes écoles, exécution des peines et mesures, institutions d'intégration et de prise en charge des personnes handicapées). Il s'agit ensuite d'élaborer des propositions pour lever les incertitudes existantes et ainsi améliorer la garantie de l'équivalence fiscale dans la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Différentes pistes avec chacune un niveau d'ambition différent sont à explorer : compléter les commentaires de l'ACI, proposer une recommandation séparée ou préciser les dispositions de l'ACI¹⁰. Ces propositions illustreront comment mettre en œuvre efficacement les objectifs RPT relatifs aux droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre, contribuant ainsi à renforcer l'adhésion des cantons à la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

2.4 Démarche

Il est prévu d'effectuer dans un premier temps une analyse documentaire (ouvrages de référence, bases légales, conventions intercantionales, publications). Des entretiens avec des

⁷ Art. 11, let. c de la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges du 3 octobre 2003 (PFCC ; RS 613.2).

⁸ Art. 12 de l'accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges du 24 juin 2005 (accord-cadre, ACI).

⁹ Art. 22 ACI.

¹⁰ Art. 12 et art. 22 ACI.

acteurs directement concernés à l'échelon technique sont envisageables. Une liste des personnes contactées figure à l'annexe 1 du présent rapport. A été établi dans un second temps un document de synthèse proposant des solutions d'optimisation, lequel a servi de base au débat organisé le 13 juin dans le cadre d'un atelier réunissant des spécialistes des cantons. Les propositions ont par la suite été intégrées au rapport final. Suivront des propositions de compléments aux commentaires de l'ACI, de recommandation séparée ou de précision de l'ACI.

Le chef de projet à la CdC est Alexander Jungo, responsable RPT.

3. Contexte fédéral

3.1 Bases

Un système fédéral se définit par l'autonomie juridique et politique importante dont jouissent les entités fédérées d'un État (*self-rule*). Ces entités fédérées participent en outre au processus de décision de l'État (*shared rule*)¹¹. Les 26 cantons de la Confédération helvétique disposent de vastes compétences et droits autonomes. En comparaison internationale, la Suisse est qualifiée à la fois de « parfait exemple et d'exemple extrême d'État fédéral »¹².

L'autonomie des cantons s'applique principalement dans les domaines de l'organisation, de l'accomplissement des tâches et des finances¹³. Sur le plan de l'organisation, elle se traduit par le pouvoir des cantons de se donner une structure politique, de structurer le système politique et de circonscrire les compétences des organes. Tous les cantons ont un gouvernement, un parlement et des autorités judiciaires indépendantes¹⁴. Sur le plan de l'accomplissement des tâches, l'autonomie désigne une indépendance significative des cantons dans la définition, l'organisation et l'accomplissement de leurs tâches. Enfin, sur le plan financier, elle signifie la liberté des cantons de déterminer leurs sources de revenus et de décider de l'utilisation de leurs ressources financières.

Les cantons participent également à la mise en œuvre du droit fédéral¹⁵. Dans ce domaine important en pratique, il peut être recouru entre autres à l'instrument de la convention-programme¹⁶. Les cantons doivent bénéficier si possible d'une grande marge de manœuvre dans l'application du droit fédéral. Le fédéralisme peut être un terrain d'expérimentation innovant. On peut citer ici l'exemple du frein à l'endettement instauré par le canton de Saint-Gall en 1929. Aujourd'hui, la Confédération et la plupart des cantons disposent d'un tel instrument¹⁷.

Le principe fondamental de l'autonomie des cantons est énoncé à l'art. 3 de la Constitution fédérale. Selon cette norme, les cantons accomplissent toutes les tâches qui ne sont pas expressément déléguées à la Confédération. La délégation d'une tâche à la Confédération nécessite la création d'une nouvelle règle constitutionnelle. La Constitution fédérale peut

¹¹ Wolf Linder/Sean Müller, *Schweizerische Demokratie*, 4^e éd., Berne 2017, 171.

¹² Adrian Vatter, *Das politische System der Schweiz*, 2^e éd., Baden-Baden 2016, 441.

¹³ Tschannen (note 1), § 16, ch. 618-622 ; Andreas Auer, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016, ch. 120 s., ch. 1219 ss.

¹⁴ Auer (note 13), 52 ss, 74 ss, 96 ss.

¹⁵ Art. 46, al. 1, Cst.

¹⁶ Art. 46, al. 2, Cst. ; Andreas Lienhard/August Mächler/Agata Zielniewicz, *Öffentliches Finanzrecht*, Berne 2017, 267 s.

¹⁷ Lienhard/Mächler/Zielniewicz (note 16), 91.

être révisée si le peuple et les cantons acceptent à la majorité la nouvelle norme lors d'une votation populaire¹⁸. Il n'est donc pas possible d'octroyer des compétences à la Confédération sans l'accord d'une majorité des cantons. La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération¹⁹. Le principe de subsidiarité est une maxime politique. Ce dernier ne saurait fonder ni une limite matérielle, ni une obligation à la révision de la Constitution²⁰. Compte tenu de la rapidité des développements économiques, techniques et sociétaux, les compétences de la Confédération ont constamment été élargies au cours des 150 dernières années²¹.

La participation des entités fédérées au processus de décision de l'État est la seconde caractéristique des États fédéraux. En Suisse, les cantons participent au processus de décision à l'échelon fédéral dans les cas prévus par la Constitution fédérale²². Le contenu et l'étendue des droits de participation sont définis dans certaines dispositions spécifiques de la Constitution. Les possibilités de participation sont vastes : impulsion (initiative des cantons), influence sur la prise de décisions durant la phase préliminaire (consultation) et partage de savoir-faire professionnel (compétences propres aux administrations cantonales, participation à des commissions d'experts) ou codécision au cours de la phase finale (référendum demandé par les cantons, double majorité)²³.

La participation des cantons aux décisions de politique extérieure présente une importance particulière. Les cantons doivent être associés à la préparation des décisions de politique extérieure dès lors que leurs compétences ou leurs intérêts essentiels sont affectés²⁴. De plus, la Confédération doit les informer en temps utile et de manière détaillée, de même qu'elle doit les consulter²⁵. L'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées. Dans ces cas, les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales²⁶. Cette disposition constitutionnelle est autant dans l'intérêt des cantons que dans celui de la Confédération. Elle met en lumière le fait que la politique dépend dans une large mesure de la politique extérieure. Les cantons doivent faire valoir leurs capacités, leur expertise et leur expérience, et soutenir la politique extérieure dans les limites des principes de la démocratie et du fédéralisme²⁷.

3.2 Fédéralisme coopératif

La Constitution énonce que la Confédération et les cantons collaborent et s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches²⁸. Elle précise en outre que les cantons peuvent conclure des conventions entre eux. La Confédération peut y participer dans les limites de ses

¹⁸ Art. 140, al. 1, let. a, Cst.

¹⁹ Art. 43a Cst.

²⁰ Tschannen (note 1), § 19 ch. 729.

²¹ Vatter (note 12), 445 s.

²² Art. 45, al. 1, Cst.

²³ Belser/Waldmann/Wiederkehr (note 3), 186 ; Lienhard/Mächler/Zielniewicz (note 16) 27.

²⁴ Art. 55, al. 1, Cst.

²⁵ Art. 55, al. 2, Cst.

²⁶ Art. 55, al. 3, Cst.

²⁷ Thomas Pfisterer, in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (eds.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall et Zurich/Bâle/Genève 2014, Art. 55 Cst., ch. 11.

²⁸ Art. 44, al. 1, Cst.

compétences. La notion de fédéralisme coopératif comprend toutes les formes de collaboration entre les États fédérés ou entre les États fédérés et la Confédération²⁹. La présente analyse s'intéresse en premier lieu à la collaboration entre les cantons, qualifiée de « collaboration horizontale ». La collaboration intercantonale liée aux tâches est devenue au fil des dernières décennies une partie intégrante du fédéralisme suisse moderne.³⁰ Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional³¹. Une collaboration nationale, à laquelle tous les cantons seraient associés, est également possible. Les quelque 800 conventions intercantionales existantes revêtent une importance majeure et le nombre d'organisations intercantionales devant coordonner leurs activités ne cesse d'augmenter³². Cette collaboration reflète l'évolution de la société et le caractère transcantonal des problèmes à régler. Les territoires d'action politiques et fonctionnels ne se recoupent plus. Le découpage territorial de la Confédération en petites entités a pour effet que les petits cantons ne possèdent plus la taille critique suffisante pour accomplir leurs tâches et répondre à leurs besoins de façon autonome et rentable³³.

Les évolutions récentes présentent les caractéristiques suivantes :

- il est rare que la coopération institutionnalisée entre les cantons dépasse le cadre du canton voisin et prenne une dimension nationale ;
- la coopération intercantonale conduit aujourd'hui plus fréquemment à la prise de décisions contraignantes de large portée ;
- les organes intercantonaux sont de plus en plus investis du pouvoir d'adopter des actes de droit dérivé.

Il existe trois concordats régionaux en matière d'exécution des peines et des mesures. Le principe de subsidiarité et le contexte fédéral justifient la conclusion de concordats visant à mettre en place des solutions à l'échelle nationale dans les domaines concernés (par ex. CIIS, AIU).

La coopération intercantonale s'est intensifiée récemment et présente de nombreux avantages. Elle permet en particulier de mettre en place, à l'échelon sous-fédéral, des solutions sur mesure aux problèmes qui excèdent les possibilités de certains cantons. Mais la coopération intercantonale soulève également des défis particuliers, notamment au regard des trois aspects suivants :

- Si la coopération intercantonale vise une solution destinée à une pluralité de cantons, la nécessité d'un consensus peut devenir un obstacle de taille. On peut certes envisager de recourir à une coopération imposée, légale selon les dispositions de l'art. 48a Cst., mais les cantons ne se sont encore jamais aventurés sur cette voie politiquement épineuse.
- Le processus de négociation, de même que le contenu des concordats ayant force de loi sont largement déterminés par l'exécutif. Les gouvernements cantonaux sont tenus d'informer les parlements cantonaux à temps et de manière complète des

²⁹ Schweizer, in : *St. Galler Kommentar* (note 27), art. 44 Cst., ch. 6.

³⁰ Bernhard Waldmann, *Zusammenarbeit im Bundesstaat*, in : Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2020, vol. 1, III, 8, ch. 6.

³¹ Art. 48, al. 1, Cst.

³² Belser/Waldmann/Wiederkehr (note 3), 175.

³³ Belser/Waldmann/Wiederkehr (note 3), 175.

conventions existantes ou prévues.³⁴ Les commissions parlementaires compétentes jouent un rôle majeur dans le processus. Les parlements cantonaux ne peuvent cependant apporter aucune modification à la teneur du concordat et doivent l'adopter ou le rejeter dans son ensemble. Ils ont toutefois la possibilité de renvoyer une convention aux gouvernements pour révision. Les conventions intercantionales qui ne relèvent pas exclusivement de la compétence des gouvernements doivent, dans tous les cantons, être convenues par le parlement. Dans certains cantons, ce dernier peut également décider de la sortie de conventions.³⁵ La décision d'adoption du parlement n'est définitive que dans deux cantons (OW, AI), étant donné que ceux-ci ne connaissent pas de référendum en matière de traités intercantonaux et internationaux.³⁶ Dans les autres, la convention peut ne pas aboutir en raison du veto populaire.

- L'élargissement d'un concordat à l'échelle nationale est très long et compliqué par rapport au processus législatif au niveau fédéral. L'existence de tels concordats se justifie cependant par le contexte fédéral et le principe de subsidiarité.

3.3 Équivalence fiscale

Dans son message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), le Conseil fédéral énonce :

« La mobilité croissante de la population ainsi que l'évolution structurelle de la société et de l'économie font que les structures de décisions politico-administratives (territoriales) correspondent de moins en moins aux nécessités socio-économiques. L'expansion du secteur des services, par exemple, entraîne une mobilité professionnelle accrue, et l'éloignement toujours plus fréquent entre le domicile et le lieu de travail provoque une augmentation massive des déplacements pendulaires. De nouvelles habitudes de vacances et de loisirs font également augmenter la mobilité dans le domaine privé.

L'infrastructure et les prestations fournies notamment par les cantons-centres sont par conséquent utilisées de plus en plus souvent par les citoyens d'autres cantons sans que ceux-ci n'en assument les frais, ce qui porte atteinte au principe de l'équivalence fiscale et produit des effets d'externalité territoriale, dits spillovers (cf. ch. 1.1.3). Il en résulte des pertes au niveau économique global, les prestations publiques ne pouvant être fournies de manière optimale. Deux voies peuvent être empruntées pour éviter ces effets négatifs: une réforme de grande envergure de la répartition territoriale des cantons ou une collaboration intercantonale assortie d'un système de compensation des charges.

La raison pour laquelle le Conseil fédéral renonce à une réforme territoriale, à laquelle il préfère l'option d'une collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, a déjà été présentée sous ch. 1.1.6.2. L'actuel système de collaboration intercantonale comporte toutefois des lacunes. C'est pourquoi le Conseil fédéral entend développer cette forme de collaboration et lui donner une nouvelle base constitutionnelle et légale pour en assurer de manière optimale la sécurité juridique et la transparence. Il entend en outre

³⁴ Art. 4, al. 1, ACI, voir aussi art. 13, let. d, PFCC, RS 613.2.

³⁵ Art. 27, al. 3, Cst./AI ; RS 131.224.2.

³⁶ Auer (note 13), ch. 853.

introduire un système intercantonal de compensation des charges qui permette de remédier au problème des externalités.

(...)

Le développement de la collaboration intercantonale et l'introduction de la compensation des charges entre cantons visent essentiellement trois objectifs :

- *Éviter les effets d'externalité et l'utilisation sans contrepartie de prestations fournies par d'autres cantons. Les pouvoirs publics fourniront ainsi leurs prestations dans une mesure optimale et les charges seront réparties équitablement, en fonction de l'usage effectif de ces prestations.*
- *Améliorer l'efficacité en tirant profit des avantages d'échelle, objectif qui est étroitement lié au premier. On profitera ainsi de l'un des principaux avantages qu'apporterait une réforme territoriale, sans devoir en supporter les inconvénients.*
- *Prévenir, par l'intensification de la collaboration intercantonale, un développement exagéré de la centralisation. Les tâches supracantonaux pourront en effet être réalisées de manière judicieuse, sans qu'il soit nécessaire de les transférer à l'échelon de la Confédération.*

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges doit ainsi garantir que les fournisseurs et les bénéficiaires d'une prestation publique conviennent d'un partage loyal des charges et d'une collaboration appropriée. Dans les situations d'externalités, il importe d'indemniser le fournisseur de la prestation publique afin d'éviter des effets négatifs sur toute l'économie de la région. Renforcer le cadre institutionnel de la collaboration intercantonale permet de créer des conditions favorables à un désenchevêtrement des tâches et contribue ainsi à une exécution des tâches efficace et adaptée aux besoins ».³⁷

Il a été décidé dans le cours du processus politique d'introduire le principe de l'équivalence fiscale dans la Constitution fédérale. L'art. 43a Cst. prévoit ainsi à l'al. 2 que « toute collectivité bénéficiant d'une prestation de l'État prend en charge les coûts de cette prestation » et, à l'al. 3, que « toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État décide de cette prestation ». Le principe de l'équivalence fiscale implique que les bénéficiaires d'une prestation de l'État puissent décider de cette prestation et qu'ils en supportent aussi les coûts. Ce principe permet d'éviter des externalités inopportunes.

La fourniture d'une prestation de l'État suppose ainsi une triple congruence : le bénéficiaire, l'unité d'imputation et l'unité qui prend la décision doivent si possible être identiques.³⁸ La question de savoir s'il s'agit d'une maxime politique ou d'un principe juridique est discutée dans la doctrine de droit public. Les principes énoncés à l'art. 43a Cst. sont flous et le Conseil fédéral s'accorde avec la doctrine, presque unanime, sur le fait qu'ils ne peuvent servir de

³⁷ FF 2002 2213 ss.

³⁸ Message RPT, FF 2002 2320.

fondement au jugement par une autorité judiciaire.³⁹ Jürg Marcel Tiefenthal estime qu'il faudrait « attribuer un caractère juridique » au principe de l'équivalence fiscale.⁴⁰

La portée juridique des principes énoncés à l'art. 43a Cst. est donc controversée. Se pose en outre le problème de l'absence d'un contrôle ultérieur par le Conseil fédéral. De l'avis général, cette disposition ne peut être soumise à l'appréciation des juges, c'est pourquoi elle est largement considérée comme une maxime de politique fédérale ou une ligne directrice pour l'élaboration de conventions intercantionales.⁴¹

Pour Giovanni Biaggini il s'agit d'un conseil avisé – pour autant que l'on sache l'appliquer selon les circonstances. Il questionne cependant l'opportunité de formuler des conseils dans la Constitution.⁴² Cette position se justifie dans la mesure où l'art. 43a Cst. ne permet pas de tirer de consigne précise pour répondre concrètement aux questions soulevées par les indemnités ou la participation. L'important est de savoir si le principe de l'équivalence fiscale a été introduit dans d'autres lois ou dans le droit intercantonal. C'est le cas de manière générale dans la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (art. 11, let. c) et plus encore dans l'ACI (art. 9 ss.). Ainsi, si l'on veut transposer ce principe dans le domaine juridique de sorte qu'il puisse produire des effets concrets, il est nécessaire de « l'extraire du flou des lignes d'action politique »⁴³.

4. Principes constitutionnels

4.1 Généralités

L'État est tenu d'observer les principes constitutionnels fondamentaux lorsqu'il conclut des conventions intercantionales assorties d'une compensation des charges. L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité (art. 5a Cst.). Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (art. 5, al. 1, Cst.), laquelle doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5, al. 2, Cst.). Les organes de l'État doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.). À ceux-ci s'ajoutent des principes essentiels à la collaboration au sein de l'État fédéral. La Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux (art. 44, al. 1, Cst.). Ils se doivent respect et assistance (art. 44, al. 2, Cst.).

4.2 Subsidiarité

Le principe repose sur l'idée que la Confédération n'assume pas les tâches que les cantons sont à même de (mieux) remplir (art. 5a et 43a, al. 1, Cst.).

³⁹ Biaggini, (note 4), art. 43a, ch. 2.

⁴⁰ Jürg Marcel Tiefenthal, *Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2-3 BV*, in : *RDS 140 (2021) I*, 583 ss, 595.

⁴¹ Lienhard/Mächler/Zielniewicz, (note 16), 297.

⁴² Biaggini, (note 4), art. 43a Cst., ch. 6.

⁴³ Bernhard Waldmann, *Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garantien für einen substanziellen Föderalismus?*, in : *Newsletter Institut du Fédéralisme 4/2015*, 15.

La maxime de la subsidiarité est mise en pratique depuis toujours par les institutions suisses⁴⁴, elle est même une idée fondamentale de l'État fédéral suisse. La responsabilité des tâches publiques incombe en premier lieu aux cantons. Une réglementation par la Confédération peut être justifiée lorsqu'une homogénéisation est requise, mais cela n'est pas obligatoire. On peut également recourir à la conclusion d'un concordat national⁴⁵ même en dehors du champ d'application défini à l'art. 48a Cst. Si l'on envisage de donner une nouvelle compétence à la Confédération dans un certain domaine, il convient de démontrer la nécessité d'une réglementation uniforme pour toute la Suisse établie au niveau fédéral.⁴⁶ Si cette nécessité est avérée, une nouvelle base constitutionnelle doit être créée, étant donné que les compétences de la Confédération se fondent exclusivement sur la Constitution.⁴⁷

4.3 Bases légales

Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional. Une collaboration nationale, à laquelle tous les cantons seraient associés, est également possible. La Confédération peut y participer dans les limites de ses compétences (art. 48 Cst.). La collaboration intercantonale est prévue par la Constitution et jouit d'un soutien démocratique adéquat.

Les concordats qui prévoient des dispositions fondamentales ou autres dispositions importantes doivent être approuvés par les parlements cantonaux, qui doivent être informés à un stade précoce des négociations. Ce sont eux qui décident de l'adoption des conventions intercantionales ayant force de loi. De nombreux cantons connaissent le référendum en matière de traités internationaux et certains l'initiative sur les traités intercantonaux et internationaux.

4.4 Intérêt général

L'action de l'État doit toujours servir l'intérêt général. Les intérêts particuliers de certains groupes sont placés au second plan. La notion d'intérêt général est cependant très vague⁴⁸ et ne peut être décrite simplement. Il incombe au pouvoir législateur et constituant de conférer un contenu normatif à ce terme. L'intérêt général doit être défendu dans différents domaines politiques et n'est pas soumis à un *numerus clausus*. Les intérêts fiscaux en font également partie.⁴⁹ La pluralité et le caractère parfois contradictoire de l'intérêt général peuvent entraîner une divergence dans ses objectifs, qui nécessite une pondération des intérêts. Le législateur dispose dans ce cadre « d'une marge d'appréciation, de prévision et de manœuvre considérable ».⁵⁰

⁴⁴ Biaggini, (note 4), art. 5a Cst., ch. 6.

⁴⁵ Waldmann (note 30), ch. 16.

⁴⁶ Tiefenthal (note 40), 588.

⁴⁷ Biaggini, (note 4), art. 3 Cst., ch. 5.

⁴⁸ Schindler, in : *St. Galler Kommentar* (note 27), art. 5 Cst., ch. 43.

⁴⁹ Schindler, in : *St. Galler Kommentar* (note 27), art. 5 Cst., ch. 43 ; Biaggini, (note 4), art. 5 Cst., ch. 16.

⁵⁰ Biaggini, (note 4), art. 5 Cst., ch. 18.

4.5 Proportionnalité

Le principe de proportionnalité est un principe de droit général riche d'une longue tradition. Le devoir de faire preuve de mesure et d'adéquation dans ses actions remonte à l'Antiquité et se retrouve notamment dans la vertu cardinale de la tempérance.⁵¹ Le principe de proportionnalité vise en premier lieu à protéger l'individu d'une ingérence excessive de l'État. Aujourd'hui, son champ d'application s'étend à toute l'activité de l'État ainsi qu'à la gestion des prestations.⁵²

Il manque cependant toujours à ce principe général des contours définis. Dans les questions qui touchent aux droits fondamentaux, l'activité de l'État doit satisfaire à trois sous-exigences en matière de proportionnalité : aptitude à réaliser son objectif, nécessité, acceptabilité. Pour autant que ces critères puissent être appliqués à l'activité de l'État dans sa globalité, une mesure doit être

- apte à réaliser l'objectif poursuivi,
- nécessaire pour répondre à l'intérêt général. La mesure ne doit donc pas aller plus loin que nécessaire sur le fond, dans la durée et sur le plan personnel,
- proportionnée, c'est-à-dire que les moyens employés ne doivent pas être disproportionnés pour réaliser l'objectif poursuivi.⁵³

Appliqué aux conventions intercantionales assorties d'une compensation des charges, le principe de proportionnalité veut que l'on renonce à toute ingérence non impérative dans le fonctionnement d'institutions qui fournissent des prestations à plusieurs cantons.

4.6 Bonne foi

Le principe de la bonne foi a été consacré sous deux formes différentes dans la Constitution fédérale lors de sa révision totale :

- principe constitutionnel général (art. 5, al. 1, Cst.) ;
- droit individuel constitutionnel (art. 9 Cst.).

Les rapports juridiques doivent être empreints de loyauté. Il y a violation du principe de la bonne foi lorsque le comportement est contradictoire, abusif ou trompeur.⁵⁴ Le devoir d'agir de bonne foi ne s'adresse pas seulement aux organes de l'État, mais également aux particuliers.

Il doit par ailleurs être respecté lors de l'élaboration et de l'application de conventions intercantionales assorties d'une compensation des charges.

4.7 Dialogue et coopération (art. 44 Cst.)

L'art. 44 Cst. énonce des principes essentiels pour la bonne coopération au sein de l'État fédéral : la Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux. Ils se doivent respect et assistance.

⁵¹ Schindler, in : *St. Galler Kommentar* (note 27), art. 5 Cst., ch. 47.

⁵² Schindler, in : *St. Galler Kommentar*, (note 27), art. 5 Cst., ch. 49.

⁵³ Biaggini, (note 4), art. 5 Cst., ch. 21.

⁵⁴ Biaggini, (note 4), art. 5 Cst., ch. 23.

Le fédéralisme d'inspiration suisse constitue une forme institutionnelle de dialogue et de coopération⁵⁵. La Confédération et les cantons se doivent entraide et respect. Leur comportement les uns envers les autres doit être conforme aux règles de la bonne foi. Cela « n'empêche nullement les cantons de mener leur propre politique et de se poser en adversaires à propos de certaines questions ».⁵⁶ Ils doivent viser un juste équilibre des intérêts lorsqu'ils concluent des conventions entre eux. S'agissant de conventions intercantionales assorties d'une compensation des charges, cela implique d'indemniser équitablement les cantons dont les institutions apportent un bénéfice au-delà des frontières cantonales. Ces cantons doivent disposer d'une autonomie et d'une marge de manœuvre suffisante. Les cantons bénéficiaires doivent, quant à eux, se voir accorder des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Toutes ces questions peuvent être réglées dans les différentes conventions intercantionales selon une « culture de la coopération » reposant sur les idées directrices de la Constitution.

II Participation aux décisions et à la mise en œuvre

1. Bases

1.1 Généralités

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges vise à garantir que les cantons qui proposent ou demandent des prestations à la collectivité s'entendent sur une compensation équitable des coûts et l'exercice d'une participation adéquate. À cet effet, les cantons bénéficiaires ou parties prenantes à des organismes responsables communs se voient octroyer des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre (art. 11, let. c, PFCC). Au sein d'un organisme responsable commun, ces droits sont en principe accordés sans réserve et paritairement. Ils peuvent exceptionnellement être pondérés en fonction des engagements financiers respectifs (art. 12 ACI). L'acquéreur des prestations dispose en principe d'au moins un droit partiel de participation aux décisions (art. 22 ACI). Selon les explications relatives à l'ACI, le droit de participation aux décisions peut se rapporter à l'exploitation courante ou se limiter à un droit d'audition.

Il convient d'analyser plus en détail les règles énoncées, en répondant dans un premier temps aux questions suivantes :

- a. Quels contrats et situations sont soumis aux règles applicables à la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges ?
- b. Quels acteurs jouent un rôle dans la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges ?
- c. Quel est la signification des termes « participation aux décisions » et « participation à la mise en œuvre » ?
- d. Doit-on distinguer la participation aux décisions de la participation aux questions stratégiques et opérationnelles ?

⁵⁵ Message Cst., 208.

⁵⁶ Message Cst., 208.

- e. Quels sont les liens entre l'indemnité et les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre accordés ou demandés (art. 28 ACI).
- f. Que signifie : participation « globale » au sein d'un organisme responsable commun?
- g. Que signifie : droit de participation « au moins partiel » lors de l'acquisition de prestations ?
- h. Le droit comparé permet-il d'en savoir plus sur l'importance de la participation (aux décisions et à la mise en œuvre) ?

1.2 Deux formes de collaboration intercantonale

L'ACI règle les bases de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges dans les neuf domaines listés à l'art. 48a Cst. Les cantons peuvent également soumettre à l'Accord-cadre des conventions de collaboration intercantonale conclues dans d'autres domaines de tâches (art. 1, al. 3, ACI). Ces conventions revêtent deux types de formes, l'une étant caractérisée par l'existence d'organismes responsables intercantonaux auxquels participent différents cantons et l'autre par le fait qu'un canton fournit une prestation que d'autres cantons achètent. Les deux ont en commun la fourniture de prestations au-delà des frontières cantonales contre indemnisation et l'octroi de droits de participation aux décisions ou de participation plus étendue. Les prestations entraînant des coûts importants qui ne sont pas supportés par des bénéficiaires externes aux cantons parties à une convention donnent lieu à des indemnités sous forme de paiements compensatoires par les cantons concernés (art. 27 ACI). Les prestations peuvent être acquises au moyen de versements compensatoires, par l'échange de prestations ou sous une forme mixte combinant versements et échange (art. 21 ACI). Le critère déterminant est de savoir si le contenu d'une convention correspond à l'une de ces formes.

On doit partir du principe que les deux formes prévues par l'ACI couvrent l'ensemble des cas de collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Giovanni Biaggini a écrit à ce sujet :

« L'ACI distingue deux formes de collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (art. 9), à savoir l'institution d'organismes responsables communs (art. 10 ss ACI) et l'acquisition de prestations (art. 21 ss ACI), avec ses sous-formes « versements compensatoires », « échange de prestations » ou « forme mixte ». On peut se demander si cette distinction (et les règles plus détaillées qui en découlent) opérée dans l'ACI permet de couvrir l'ensemble des formes et des cas de collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Il ne revient pas aux cantons d'y répondre en dernier ressort, mais à la Confédération, car le terme « collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges » relève du droit fédéral.

Par une première analyse, l'avis de droit du 15 mai 2006 concluait qu'il existait de nombreux indices pour affirmer que la mise en œuvre et l'interprétation du terme (relevant du droit fédéral) « compensation des charges » par les cantons dans le cadre de l'ACI couvrait l'ensemble des formes de compensation des charges entrant en ligne de compte à l'heure actuelle.

(...)

Cette supposition est d'autant plus valable que les réflexions faites dans le cadre de l'avis de droit du 15 mai 2006 ont été corroborées par une nouvelle analyse ».⁵⁷

La « collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges » provient ainsi du droit fédéral. Cette notion facilite le développement d'une pratique uniforme et empêche le conflit entre la Confédération et les cantons. Elle a été développée en étroite collaboration avec les cantons et reprise dans l'ACI. Elle couvre toutes les formes de compensation des charges.

Le canton de Lucerne soutient que dans le cas des institutions d'intégration et de prise en charge des personnes handicapées (art. 48a, al. 1, let. i, Cst.) il ne s'agit pas d'une compensation des charges proprement dite, mais d'une convention de libre circulation. Ce qui importe toutefois ici c'est que les situations réglées dans la CIIS⁵⁸ constituent matériellement des compensations de charges⁵⁹, faisant ainsi entrer cette convention dans les formes décrites dans l'ACI.

Au surplus, l'idée de la « libre circulation estudiantine » ou « libre accès aux études » sous-tend également l'accord intercantonal universitaire et l'accord intercantonal sur les hautes écoles spécialisées (art. 1, al. 2, AIU⁶⁰, art. 1, al. 2, FHV⁶¹). Dans les deux cas, il s'agit incontestablement d'instruments de la péréquation financière et de la répartition des tâches.

Les conventions intercantionales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons.⁶²

1.3 Règlement des différends

Les divergences entre les cantons dans la gestion de la péréquation financière et de la compensation des charges doivent en premier lieu être harmonisées par des négociations entre les parties concernées. Les concordats peuvent prévoir des procédures particulières pour le règlement des différends. Si aucun consensus n'est trouvé, les gouvernements cantonaux peuvent demander à la CdC d'engager une procédure de règlement des différends. Celle-ci comporte deux phases (art. 32, al. 1, ACI). Elle se compose d'une procédure préalable informelle, menée devant la présidence de la CdC, et d'une procédure formelle de médiation, menée devant la Commission intercantonale pour les conventions (CIC). Les cantons sont tenus de suivre cette procédure s'ils veulent avoir la possibilité, par la suite, de saisir le Tribunal fédéral (art. 31, al. 2, ACI). Le faible nombre de procédures engagées devant la CIC indique que le dispositif réglementaire de la péréquation financière et de la compensation des charges aboutit généralement à des solutions satisfaisantes.

Si un canton ne met pas en œuvre une convention intercantonale ou une décision ayant force obligatoire prise par un organe intercantonal, les citoyens concernés peuvent faire

⁵⁷ Giovanni Biaggini, *avis de droit au sujet de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges et du recours aux moyens coercitifs selon l'art. 48a Cst*, 20 août 2007, 56 s.

⁵⁸ Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS) du 13 décembre 2002.

⁵⁹ Voir préambule de la CIIS.

⁶⁰ Accord intercantonal universitaire (AIU) du 27 décembre 2019.

⁶¹ Accord intercantonal sur les hautes écoles spécialisées (AHES) du 12 juin 2003.

⁶² Art. 48, al. 3, Cst. ; ATF 138 I 435 ss ; Tobias Jaag/Markus Rüssli, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, ch. 502.

valoir des droits fondés sur cette convention ou décision à condition que les règles qu'elle contient soient suffisamment claires et précises.⁶³

2. Notions

La PFCC et l'ACI emploient les termes « participation aux décisions et à la mise en œuvre » sans toutefois en donner une définition.

On peut retenir de prime abord que la « participation à la mise en œuvre » est plus large que la « participation aux décisions ». La participation en tant que terme générique couvre tout l'éventail des possibilités de participation : participation dans le cadre d'une audition, consultation formelle sur des projets, implication personnelle dans la préparation d'une décision, participation à la prise de décision au sein de comités – avec voix consultative ou avec droit de vote plein et entier. Si la participation atteint le niveau de la codécision (*shared decision-making*), il convient de le mentionner expressément dans les bases juridiques applicables.

C'est la signification donnée à ces termes dans les différentes conventions intercantionales qui est donc déterminante.

Exemple : Les grandes institutions culturelles ayant une importance suprarégionale, telles que celles de Zurich (Opernhaus, Schauspielhaus, Tonhalle) et de Lucerne (KKL, Luzerner Theater, Luzerner Sinfonieorchester) sont une chance pour ces deux cantons. Mais elles ont aussi un coût. C'est pourquoi les cantons de Zurich, Lucerne, Zoug et Schwyz ont conclu une convention en lien avec la collaboration intercantonale dans le domaine des institutions culturelles suprarégionales (convention intercantonale relative aux charges culturelles). Le canton d'Argovie a adhéré à cette convention ultérieurement. La proximité de ces hauts-lieux culturels renforce l'attrait des cantons signataires. Partie à la convention lors de sa conclusion, le canton de Schwyz en est toutefois sorti après décision du peuple schwyzois le 27 septembre 2017. Le Conseil d'État de Schwyz a annoncé son intention de poursuivre le paiement des contributions en les finançant par la loterie. Les cantons d'Obwald et de Nidwald – qui n'ont pas adhéré à la convention – versent également des contributions. L'art. 5 de la convention intercantonale relative aux charges culturelles est intitulé « codécision », mais les dispositions de l'article instaurent uniquement un droit d'être entendu et un droit de participation aux décisions pour les cantons signataires. Ces droits concernent essentiellement les questions d'ordre financier et les parties renoncent expressément à un droit de participation aux décisions opérationnelles. Les gouvernements des cantons signataires doivent être entendus en amont de tout changement entraînant une modification substantielle du montant des indemnités. La convention définit la nature des frais inclus dans l'indemnité et applique une déduction de 25 % à titre d'avantage lié à la situation géographique. Les coûts restants sont supportés par les cantons débiteurs au prorata du public qui assiste aux productions des institutions culturelles suprarégionales. Le canton de Zurich verse chaque année des contributions d'environ 140 millions de francs à l'Opernhaus, au Schauspielhaus et à la Tonhalle, les cantons signataires participant quant à eux à hauteur d'environ 8 millions de francs par année.

⁶³ Art. 17 PFCC ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/St-Gall 2020, ch. 140.

3. Information

3.1 Généralités

L'exercice efficace des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre suppose que les parties soient bien informées. L'obligation d'informer incombe en premier lieu aux cantons dans lesquels sont implantées les institutions pour l'utilisation desquelles il y a versement de paiements compensatoires au titre d'une convention intercantonale. L'information doit être complète et fournie à temps. Pour fixer les indemnités, les cantons établissent un calcul des coûts et des prestations transparent et compréhensible (art. 25, al. 1, ACI). Ils sont tenus de produire les pièces nécessaires (art. 26, al. 2, ACI). Les analyses de situation, la planification et toute autre mesure préventive concernant l'exécution des tâches et les prestations correspondantes sont également considérées comme des informations. Le fournisseur des prestations informe périodiquement les acquéreurs sur les prestations fournies (art. 24 ACI). Les conventions intercantionales peuvent prescrire d'autres dispositions sur le devoir d'information. L'art. 1 du concordat sur l'exécution des peines de la Suisse orientale, par exemple, prévoit que les cantons s'informent mutuellement de toute conception et construction ayant trait à la privation de liberté et harmonisent leurs offres dans la mesure où cela est possible et utile.

3.2 Phases

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges comporte deux phases impliquant une participation aux décisions et à la mise en œuvre. La première se déroule durant les négociations et la conclusion de la convention. La seconde concerne sa mise en œuvre.

3.2.1 Négociation et conclusion de la convention

Les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre occupent une place prépondérante durant la phase de négociation et de conclusion d'une convention, en particulier pour ce qui concerne les aspects financiers. Les coûts globaux moyens servent de base pour déterminer l'indemnité (art. 28, al. 1, ACI). La question se pose ici de savoir comment les coûts totaux sont déterminés et répartis entre les partenaires. Les bases de calcul doivent être transparentes et indiquer correctement et clairement les aspects spécifiques au domaine, techniques, économiques et financiers. L'indemnité intervient sur la base de constats et est calculée en fonction de l'utilisation effective des prestations (art. 28, al. 2, ACI). Les cinq critères énoncés à l'art. 28, al. 3, ACI – droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre accordés ou demandés, accès à l'offre de prestations, avantages et désavantages de site importants en lien avec la fourniture ou l'utilisation des prestations, transparence des pièces justificatives, rentabilité de la production des prestations – jouent un rôle déterminant dans la fixation de l'indemnité. Ils montrent que le calcul ne repose pas uniquement sur des considérations économiques et mathématiques. Du fait de l'existence de marges de manœuvre politiques, il est primordial de s'assurer de la qualité du processus de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Le résultat des négociations reflètera non seulement l'importance de la rationalité, tant économique que politique, mais aussi la solidarité de mise entre les cantons parties à la convention.

3.2.2 Mise en œuvre des conventions

Le droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre est exercé aux sein des comités institués par les conventions intercantionales. Les cantons disposent en principe d'un droit paritaire de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Lorsqu'il existe un organisme responsable commun, ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs (art. 12, al. 1, ACI). Il est global et s'étend à tous les domaines couverts par la fourniture des prestations.

Il est possible de prévoir une majorité qualifiée pour décider de certaines questions spécifiques (art. 16, al. 3, AIU).

Lors de la mise en œuvre de la convention, les partenaires ne peuvent pas revendiquer des prestations non couvertes par les indemnités convenues. Le droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre s'applique pleinement aux questions à traiter dans une phase ultérieure à son aménagement.

4. Acteurs de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

Il convient de faire une distinction entre les acteurs politiques majeurs et d'autres acteurs qui jouent un rôle important sans être des partenaires formels d'une convention intercantonale. Les cantons sont les acteurs les plus importants et premiers responsables des conventions intercantionales. Mais les communes peuvent elles aussi fournir des services ou en bénéficier. Dans ce cas, elles comptent aussi parmi ces acteurs majeurs et il convient de leur accorder le droit d'être entendues et de participer aux décisions. Une convention intercantonale peut octroyer aux communes ou aux organisations sous leur responsabilité un droit direct à être indemnisées (art. 30 ACI). Les organisations soutenues par les communes peuvent être des associations de communes.⁶⁴ Les communes sont à considérer comme des acteurs formels car elles peuvent faire valoir des droits en vertu d'une convention intercantonale, quand bien même elles ne seraient pas parties à ladite convention.

Exemple : La convention administrative relative aux associations de communes intercantionales conclue par les cantons d'Argovie et de Lucerne les 5 mars et 22 avril 1985 (recueil du droit argovien SAR 171 150) explicite la position des communes et des autorités lucernoises sur les associations de communes ci-après ayant leur siège dans le canton d'Argovie :

- a. Association intercommunale des stations d'épuration d'Oberwynental, Reinach ;*
- b. Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées de la région de Zofingue, Zofingue ;*
- c. Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées d'Aarbourg, Aarbourg ;*
- d. Association intercommunale pour l'élimination des déchets de la région de Zofingue, Zofingue ;*
- e. Association régionale de Wiggertal-Suhrental, Zofingue.*

Par leur adhésion à l'association intercommunale, les communes lucernoises se soumettent au droit argovien et à la compétence des autorités argoviennes pour tout ce qui concerne les

⁶⁴ Ueli Friederich, *Gemeinderecht*, in : Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 2021, 228, ch. 178.

affaires de l'association. Elles disposent des droits de participation fixés dans les statuts des associations concernées.

La Principauté de Liechtenstein compte elle aussi parmi ces acteurs majeurs dès lors qu'elle adhère à une convention sur la base de sa propre législation (voir art. 25 AIU, art. 36, al. 2, CIIS). La question se pose alors de savoir si une convention conclue entre les cantons et la Principauté de Liechtenstein doit être assimilée à un concordat selon l'art. 48, al. 1, Cst. ou s'il s'agit d'un traité conclu entre les cantons et l'étranger (art. 56 Cst.). Selon Giovanni Biaggini, les praticiens du droit considèrent que les conventions intercantionales globales conclues avec la Principauté de Liechtenstein relèvent du droit concordataire.⁶⁵ En revanche, les contrats conclus entre des cantons individuellement et le Liechtenstein constituent des traités internationaux. Cette interprétation pragmatique doit être privilégiée, car plus facile à appliquer que celle de Pierre Tschannen, selon laquelle des accords passés avec la Principauté de Liechtenstein constituent toujours des traités conclus avec l'étranger.⁶⁶

Selon les domaines politiques, il existe d'autres acteurs qui jouent un rôle important sans être parties à une convention intercantonale, comme la Commission pour le financement des hautes écoles. Commission permanente de la CDIP, celle-ci prépare notamment les affaires des Commissions AIU et AHES. Les universités cantonales, qui sont généralement organisées sous forme d'établissements de droit public (par ex. l'Université de Berne), occupent quant à elles une place particulière. Établies par les cantons responsables en vertu de la loi, elles relèvent d'une organisation propre et dotée de la personnalité juridique, elles sont pourvues en ressources matérielles et humaines, elles sont autonomes et sont investies d'un mandat permanent de la collectivité qui en est responsable. Les universités sont libres de définir leurs programmes d'enseignement et de recherche. Elles peuvent disposer d'importants moyens financiers propres, non octroyés par le canton responsable. En règle générale, les contributions au titre de l'AIU ne représentent qu'une faible partie de leurs ressources.

Exemple : L'Université de Berne est un établissement de droit public. En 2020, elle a disposé de moyens se montant à 916 908 millions de francs. Le financement de base est composé des contributions suivantes : canton de Berne 319 140 millions de francs ; AIU 118 323 millions de francs ; Confédération 99 818 millions de francs. Ces chiffres relativisent les contributions cantonales versées sur la base de l'AIU.⁶⁷

Les organes institués par l'accord intercantonal universitaire (AIU) sont tenus de respecter les marges de manœuvre légitimes des universités dans l'exercice de leurs activités.

Parmi les acteurs clés, on compte également des institutions relativement autonomes exerçant leur activité dans d'autres domaines politiques, comme l'École de police intercantonale de Hitzkirch (IPH)⁶⁸ – qui est un établissement de droit public –, les établissements chargés de l'exécution des peines et mesures ou les institutions sociales relevant de la CIIS.

⁶⁵ Biaggini, (note 4), art. 56 Cst., ch. 4.

⁶⁶ Tschannen (note 1), § 5 ch. 943.

⁶⁷ Rapport annuel 2020 de l'Université de Berne.

⁶⁸ Concordat sur l'école de police intercantonale de Hitzkirch (IPH) du 25 juin 2003.

5. Participation en matière de questions stratégiques et opérationnelles

On opère souvent, en gestion publique, une distinction entre les questions stratégiques et les questions opérationnelles. La stratégie porte sur des questions fondamentales qui ont trait à la réalisation à long terme des objectifs d'une institution.⁶⁹ Définir la stratégie relève des prérogatives de l'échelon politique. Les questions opérationnelles relèvent des structures internes et des processus individuels au sein d'une institution. La démarcation entre ces deux domaines en pratique est relativement floue. Il existe une zone grise dans laquelle se posent des questions qui concernent à la fois les aspects stratégiques et les aspects opérationnels d'une organisation. La distinction reste toutefois utile. Un organe suprême, composé de membres de l'exécutif des cantons, est généralement institué pour la conclusion des conventions intercantionales, afin de s'occuper des questions fondamentales et des autres questions importantes. Il peut être désigné sous le nom de « Conférence des cantons membres de l'accord » (art. 16 AIU), de « Conférence de la convention » (art. 6 et 8 CIIS) ou de commission d'exécution des peines (« Strafvollzugskommission ») (art. 2 du concordat sur l'exécution des peines de la Suisse orientale⁷⁰). L'Assemblée plénière de la CDAS est chargée d'accomplir les tâches de la Conférence de la convention de la CIIS⁷¹ (art. 4, let. a, CIIS), alors que le comité de la CIIS est formé des membres du comité CDAS (art. 4, let. b, CIIS). L'un des principaux rôles de la politique est de traiter les questions fondamentales et les autres questions importantes. Les termes « fondamentales » et « importantes » sont employés dans la définition du contenu des lois (voir art. 164 Cst.) Ces deux termes sont en grande partie synonymes et il serait peut-être plus opportun de les regrouper sous le terme « stratégie », qui désigne l'essence des fonctions de direction politiques des conventions intercantionales. Nombre de conventions intercantionales listent les questions fondamentales et autres questions importantes relevant de la compétence de l'organe suprême institué par la convention. Les questions sont réputées importantes, voire fondamentales lorsqu'elles portent sur

- le but et les tâches principales d'une institution ;
- des conséquences financières considérables, notamment sur les indemnités ;
- des aspects organisationnels fondamentaux ;
- une réglementation ayant des effets significatifs sur un grand cercle de personnes ;
- une décision à prendre entre des options qui façonneront fondamentalement le processus ;
- un sujet très controversé.

Certaines conventions intercantionales décrivent en détail les tâches fondamentales et les autres tâches importantes confiées à l'organe suprême de la convention (art. 16 AIU), qui ne doit, à juste titre, pas être investi des questions opérationnelles. Cela est également valable dans le cas où le droit de participation porterait aussi sur l'exploitation courante lors de l'acquisition de prestations, contrairement à ce qui est indiqué dans le commentaire de l'art. 22 ACI. Cette indication est inappropriée, car le canton site et l'institution concernée

⁶⁹ Andreas Lienhard, *Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz*, Berne 2005, p. 31.

⁷⁰ Concordat des cantons de Suisse orientale relatif à l'exécution des peines et des mesures du 29 octobre 2004.

⁷¹ Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS).

doivent conserver la marge de manœuvre nécessaire. Le commentaire de l'ACI sur cette question doit par conséquent être révisé. Ce point a par exemple été réglé expressément, comme suit, à l'art. 5, al. 1, du concordat réglant la collaboration intercantonale dans le domaine des institutions culturelles d'importance suprarégionale, qui concerne les institutions des deux cantons sites Zurich et Lucerne : « Les cantons débiteurs renoncent expressément à faire valoir un droit de participation opérationnel aux décisions des institutions régies par le présent concordat. »

Certaines conventions intercantionales prévoient également la mise en place de comités spécialisés dont le champ de responsabilité inclut la préparation et la mise en œuvre des décisions prises par les organes de direction politiques des concordats. Ces comités jouent un rôle prépondérant en matière de participation. Si nécessaire, ils peuvent se voir confier des tâches liées à l'exploitation.

La modification de la teneur d'une convention intercantonale est une opération fondamentale et donc importante. Avant toute modification, une procédure de consultation complète est généralement engagée auprès des cantons. Son issue repose notamment sur les droits de participation. On peut citer, à titre d'exemples, la nouvelle AIU du 27 juin 2019 ou les modifications de la CIIS du 23 novembre 2018.

Les décisions des organes de direction politiques sont souvent préparées par des organes spécialisés internes qui revêtent une grande importance en pratique. Un exemple : la Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS). Ses organes sont, sur le plan technique, la Conférence suisse des offices de liaison CIIS (CSOL CIIS) et les quatre conférences régionales. La CSOL CIIS peut soumettre des propositions au Comité de la CDAS, lequel joue un rôle clé au sein de la CIIS. Si nécessaire, les comités spécialisés peuvent se voir confier des tâches liées à l'exploitation.

Sur le plan politique, la Conférence de la convention CIIS consulte la CDIP⁷², la CCDJP⁷³ et la CDS⁷⁴ dans le cadre de ses décisions prises sur la base des art. 8, al. a, et art. 9, al. 1, let. g et h, CIIS (art. 6, al. 4, CIIS).

6. Lien entre l'indemnité et la participation aux décisions et à la mise en œuvre

La loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges vise un objectif fondamental dans la collaboration intercantonale en la matière, à savoir la compensation de manière équitable des coûts des services profitant à plusieurs cantons en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre (art. 11, let. c, PFCC). Le terme « adéquate » indique l'existence d'une certaine marge de manœuvre. L'adéquation des droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre doit en principe être définie individuellement dans chaque convention intercantonale. L'orientation politique de la PFCC sous-tend l'ACI ainsi que les conventions intercantionales négociées dans ce domaine. L'art. 28 ACI cite les critères d'octroi de l'indemnité.

1. Les coûts globaux moyens servent de base pour déterminer l'indemnité.
2. L'indemnité intervient sur la base de constats et est calculée en fonction de l'utilisation effective des prestations.

⁷² Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP).

⁷³ Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP).

⁷⁴ Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS).

3. Lors de la fixation de l'indemnité, il est également tenu compte des critères suivants :
- a. droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre accordés ou demandés ;
 - b. accès garanti à l'offre de prestations ;
 - c. avantages et désavantages de site importants en lien avec la fourniture ou l'utilisation des prestations ;
 - d. transparence des pièces justificatives ;
 - e. rentabilité de la production des prestations.

Les « droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre accordés ou demandés » constituent ainsi un élément essentiel dans la fixation de l'indemnité (art. 28, al. 3, let. a, ACI). Selon les explications relatives à l'ACI, l'absence de droits de participation ou la prise en compte de certaines limitations d'accès peuvent se traduire par une réduction de l'indemnité.

Il y a un lien entre la *participation* et la *rentabilité de la production des prestations* telle que définie à l'art. 28, al. 3, let. e, ACI. L'exercice des droits de participation vise idéalement une prestation sur mesure et améliore les chances de parvenir à la rentabilité voulue. Il est indispensable que les acteurs exercent leurs droits de participation pour que la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges déploie tous ses effets. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. La participation est un élément clé du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Dans la logique de ce dernier, on pourrait donc également parler d'un « devoir » de participation. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais d'un engagement nécessaire au bon fonctionnement de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

Les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent d'un droit paritaire de participation aux décisions en et à la mise en œuvre (art. 12, al. 1, ACI).

Les droits de participation concernent tout particulièrement le domaine financier. Les paiements compensatoires sont le fruit de négociations entre partenaires égaux.⁷⁵

7. Participation « globale » des cantons faisant partie d'un organisme responsable commun

Les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent d'un droit paritaire de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs. Le droit de participation aux décisions est global et s'étend à tous les domaines concernant la fourniture des prestations (art. 12 ACI). Selon le commentaire de l'art. 12 ACI, l'organisme responsable commun est une forme de participation impliquant des engagements financiers d'une grande portée contrairement à la forme basée sur l'acquisition de prestations. C'est pourquoi il faut accorder aux partenaires un droit de participation étendu, avec tout ce que cela implique en termes d'organisation et d'intensité de la participation.

Exemple : Les cantons de Bâle-Campagne et de Bâle-Ville ont mis sur pied un organisme responsable commun pour gérer l'Université de Bâle, qui est un établissement bicantonal de

⁷⁵ Message RTP, 2340.

droit public possédant la personnalité juridique. Elle est habilitée à s'auto-administrer dans le cadre de la convention et du mandat de prestations entre les gouvernements des cantons contractants (art. 1 de la convention entre les cantons de Bâle-Campagne et Bâle-Ville sur l'organisme responsable commun de l'Université de Bâle, recueil de lois du canton de Bâle-Ville, RS 442.400). Les gouvernements des cantons contractants garantissent le contrôle efficace de l'Université. Ils sont chargés de plusieurs tâches, qu'ils accomplissent en prenant des décisions concordantes, comme la décision concernant le mandat de prestations de l'Université ou l'élection de la présidence du conseil de l'Université. Ce dernier est composé de quatre ou cinq membres élus par les gouvernements de chaque canton sur proposition du sénat (« Regenz »), qui réunit les membres du rectorat, les doyens des facultés et d'autres acteurs. Le conseil de l'Université est notamment responsable de l'exécution du mandat de prestations et du respect du budget. Il définit, d'entente avec le recteur et après audition des facultés concernées et du sénat, l'orientation stratégique et les axes de développement prioritaires de l'université.

Les parlements des cantons contractants sont chargés de la haute surveillance de l'Université. Ils autorisent le mandat de prestations ainsi que le budget global, ils prennent acte du compte rendu sur le mandat de prestations et élisent sept de leurs membres qui siègeront à la commission de gestion interparlementaire pour la durée de la législature. Cette commission est l'organe commun des deux cantons chargé d'exercer la haute surveillance de l'Université.

Les deux cantons possèdent les mêmes droits de participation au sein de l'organisme responsable bicantonal.

Tous les partenaires doivent bénéficier d'un traitement équitable sur le plan organisationnel et doivent pouvoir siéger sur un pied d'égalité au sein de l'organe de conduite central de l'institution. La participation visée doit être plus large que la participation aux décisions et être sollicitée auprès de l'ensemble des responsables au sein de l'organe de conduite central, sans exclure pour autant que certaines décisions soient votées à la majorité qualifiée.

Exemple : L'École de police intercantonale de Hitzkirch (IPH) est un établissement de droit public fondé par un concordat entre onze cantons. L'autorité concordataire compte un membre de l'exécutif de chaque canton contractant. Elle donne à l'école un mandat de prestations de quatre ans assorti d'un budget global. Certaines décisions sont prises à la majorité des deux tiers des votants, représentant également deux tiers au moins des contributions selon la clé de répartition actuelle. Le conseil d'école est la plus haute instance opérationnelle de l'école. Au sujet de ses délibérations, l'art. 11, al. 2, du concordat énonce : « Le droit de vote est établi sur la base d'une moyenne, sur les quatre dernières années, du nombre de postes requis par les membres concordataires pour la formation de base d'une année. Pour les dix premiers postes de formation requis, ainsi que pour chaque tranche (ou partie de tranche) de 15 postes supplémentaires, chaque signataire reçoit une voix. Chaque signataire a au minimum une voix. Les décisions se prennent à la majorité des deux tiers des votants. » Ce mode de vote relativement complexe a pour objectif de corriger les déséquilibres. Par exemple, le canton de Berne supporte environ un tiers des coûts totaux de l'école actuellement et envisage de sortir du concordat. Cette décision n'a pas de lien direct avec les droits de participation.

Les assemblées législatives des membres concordataires désignent en leur sein les membres formant la commission de gestion interparlementaire (art. 14 concordat IPH).

Ces déséquilibres ne doivent pas être perdus de vue lorsque l'on considère que le droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre au sens de l'art. 12 ACI doit en principe être paritaire et ne peut qu'exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs.

Il est possible dans tous les cas d'envisager des règles de participation différenciées si la participation financière au sein de l'organisme responsable commun et l'utilisation effective des prestations fournies par l'institution commune varient considérablement d'une partie à l'autre. Les organismes responsables communs reflètent une finalité politique allant au-delà de la simple collaboration économique. Il convient néanmoins de respecter l'équilibre entre les partenaires.

8. Acquisition de prestations moyennant « au moins un droit partiel de participation aux décisions »

L'art. 22 ACI prévoit que le bénéficiaire des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions. Selon les explications relatives à l'ACI, un droit de participation partiel peut, par exemple, se rapporter à l'exploitation courante ou consister uniquement en un droit d'audition. Les modalités concrètes de la participation sont fixées en détail dans les conventions concernées, qui prévoient généralement un droit de participation nettement plus étendu qu'un « droit partiel de participation aux décisions ». C'est le cas par exemple de l'AIU, de l'AHES, des concordats sur l'exécution des peines et des mesures et de la CIIS.

L'art. 5 de la convention intercantonale relative aux charges culturelles des régions de Zurich et de Lucerne (ILV) prévoit dans son titre un droit de « codécision » des cantons signataires. Pourtant cette disposition n'aménage qu'un droit d'audition et de participation aux décisions, excluant par ailleurs expressément un droit de participation opérationnel aux décisions.

Quelques conventions intercantionales disposent que certaines décisions sont prises à la majorité qualifiée.

Exemple : La situation des hautes écoles est particulière. La Confédération et les cantons sont autorisés à gérer des hautes écoles (art. 63a Cst.). La loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles du 30 septembre 2011 (LEHE ; RS 414.20) fixe des exigences impératives en ce qui concerne le pilotage, la coordination et l'assurance de la qualité dans les hautes écoles. L'espace suisse d'enseignement supérieur créé sur le fondement de la LEHE ancre dans la loi trois types de hautes écoles en Suisse : les hautes écoles universitaires, les hautes écoles spécialisées et les hautes écoles pédagogiques (art. 2, al. 2, LEHE). La loi mentionne également les écoles polytechniques fédérales (EPF). L'accord intercantonal sur le domaine suisse des hautes écoles (Concordat sur les hautes écoles, voir RSB 439.27-1) ainsi que la convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (CCoop-HE ; RS 414.205) revêtent aussi une grande importance, tout comme l'accord intercantonal sur les contributions aux coûts de formation des hautes écoles universitaires du 27 juin 2019 (accord intercantonal universitaire, AIU). Cet accord règle l'accès intercantonal aux hautes écoles universitaires cantonales et aux institutions du domaine universitaire en respect du

principe de l'égalité de traitement et fixe la compensation versée par les cantons aux cantons responsables (art. 1, al. 1, AIU). L'accord intercantonal sur les hautes écoles spécialisées (AHES) à partir de 2005 règle l'accès aux hautes écoles spécialisées sur le plan intercantonal ainsi que les contributions à fournir, par les cantons de domicile des étudiantes et étudiants, aux instances responsables de hautes écoles spécialisées (art. 1, al. 1, AHES). Étant donné que les cantons occupent une place importante dans l'offre d'enseignement supérieur, soit les universités cantonales, les hautes écoles spécialisées et les hautes écoles pédagogiques (voir concordat intercantonal HEP-BEJUNE), les cantons n'ont en réalité pas d'autre choix, dans l'intérêt de leur population, que d'adhérer aux conventions intercantionales qui les concernent. Il a été convenu, dans l'AIU du 27 juin 2019, d'octroyer à tous les cantons un droit de participation respectant le principe de l'égalité de traitement au sein de la conférence des cantons membres de l'accord (art. 16 AIU). Cette réglementation a été critiquée par le canton de Zurich lors d'une enquête visant à examiner la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Les critiques portaient sur le fait que les cantons non universitaires jouissaient d'un droit de vote plus large que les cantons universitaires. Le canton a jugé que cela n'était pas juste et n'encourageait pas le renforcement de la collaboration intercantonale. Le canton de Bâle-Campagne a quant à lui déploré que les rapports de majorité désavantageux au sein de l'organe de décision de l'AIU soient à sa charge. La conférence des cantons contractants, composée de membres de l'exécutif de chaque canton, prend des décisions sur des questions fondamentales et d'autres questions importantes. La représentation équitable de tous les cantons au sein de la conférence n'exclut pas une différenciation au sein du mécanisme de prise de décision. Il est à noter, en outre, que l'AIU tient compte de la position particulière des cantons universitaires, comme en témoigne notamment l'art. 16, al. 3, qui dispose que les décisions relevant de l'al. 2, let. a à g ainsi que l, requièrent la majorité des deux tiers des membres de la Conférence dont la moitié au moins des cantons universitaires au sens du concordat sur les hautes écoles. Parmi les décisions énumérées, on trouve la fixation des contributions intercantionales pour chaque groupe de coûts, la définition des domaines d'études et leur rattachement à un groupe de coûts, le plafonnement du coût d'exploitation de la recherche pris en compte lorsque cela s'avère justifié et la désignation d'autres offres d'études assimilées. Cette règle permet d'éviter que les cantons universitaires ne soient mis en minorité par d'autres cantons sur des questions importantes et permet un juste équilibre des intérêts.

Il est possible de signer des concordats impliquant tous les cantons lorsque le contexte fédéral rend le besoin de collaboration pressant. L'accord intercantonal universitaire (AIU), auquel a également adhéré la Principauté de Liechtenstein, en constitue un exemple. La procédure d'adhésion au nouveau concordat, entré en vigueur le 1er janvier 2022, est encore en cours dans certains cantons.

La CIIS est un autre exemple d'instrument de collaboration intercantonale, qui réunit l'ensemble des cantons dans le domaine des institutions sociales. La gardienne de ce traité est la CDAS.

Exemple : La convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS) a pour but d'assurer sans difficultés le séjour, dans des institutions appropriées en dehors de leur canton de domicile, de personnes ayant des besoins spécifiques en matière de soins et d'encadrement (art. 1, al. 1, CIIS). La CIIS concerne les institutions des domaines suivants :

A. les institutions à caractère résidentiel qui accueillent des personnes jusqu'à l'âge de 20 ans, à l'exclusion des écoles spéciales en externat et des institutions de thérapie et réhabilitation dans le domaine de la dépendance.

B. les institutions pour adultes handicapés.

C. les institutions à caractère résidentiel de thérapie et réhabilitation dans le domaine de la dépendance.

D. les institutions de formation scolaire spéciale en externat.

Tous les cantons, de même que la Principauté de Liechtenstein ont adhéré aux domaines A, B et D (sauf AI). Dix-neuf cantons ont également adhéré au domaine C.

Les institutions soumises à l'un des trois concordats régionaux sur l'exécution des peines ne peuvent pas, dans le même temps, être soumises à la CIIS. De même, les institutions pour personnes âgées, ainsi que les institutions avec une direction médicale n'entrent pas dans le champ d'application de la CIIS.

La CIIS est organisée de la façon suivante : la Conférence de la convention réunit l'ensemble des membres de la CDAS, laquelle accomplit les tâches de la Conférence de la convention.

Les décisions de la CDAS concernant l'extension du champ d'application de la CIIS à d'autres domaines des institutions sociales nécessitent une majorité des deux tiers (art. 8, al. 1, let. a, CIIS). Le comité de la Conférence de la convention est formé des membres du comité de la CDAS. Organe exécutif de la CIIS, il peut adopter des directives et des recommandations. Il approuve le budget ainsi que les comptes et définit les régions de la CIIS (art. 9 CIIS). Chaque canton désigne un office de liaison, qui est investi de différentes compétences, par exemple en matière de coordination et de prise en charge des frais (art. 11 CIIS). Les offices de liaison sont regroupés au sein de quatre conférences régionales (Suisse latine, Suisse du Nord-Ouest, Suisse centrale et Suisse orientale). La Conférence suisse des offices de liaison (CSOL CIIS), composée de douze membres, encourage l'échange d'expériences et contrôle le développement du cadre normatif de la CIIS. Elle est compétente pour soumettre des propositions au comité de la CDAS (art. 15 CIIS). Le secrétariat général de la CDAS tient une liste des institutions sociales, qui comporte actuellement 1482 établissements.

La CIIS est particulière dans le sens où chaque canton est à la fois bénéficiaire et fournisseur de prestations. Des processus éprouvés au sein de la CDAS assurent une participation efficace des cantons et permettent d'entretenir des relations étroites entre les acteurs politiques et les experts.

9. Droit comparé

9.1 Généralités

Le droit comparé s'avère utile pour élaborer des règles. La démarche comparative, horizontale ou verticale, peut mettre en évidence les points forts et les points faibles de plusieurs solutions proposées.⁷⁶ Elle repose sur l'examen de normes applicables dans des situations similaires qui relèvent d'autres domaines du droit. La prudence est cependant de mise lorsque l'on se réfère aux règles applicables à d'autres domaines. Se contenter de

⁷⁶ Georg Müller/Felix Uhlmann, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, 138.

copier des textes est risqué ; il est indispensable de prendre en compte les différents contextes.

La participation joue un rôle tout particulier dans les domaines suivants : participation des cantons au processus de décision sur le plan fédéral (art. 45 Cst.), participation des cantons en matière de politique extérieure (art. 55 Cst.), loi sur la participation dans le domaine économique.⁷⁷

9.2 Participation des cantons au processus de décision sur le plan fédéral (art. 45 Cst.)

Les cantons participent au processus de décision sur le plan fédéral, en particulier à l'élaboration de la législation dans les cas prévus par la Constitution (art. 45, al. 1, Cst.). La Confédération informe les cantons en temps utile et de manière détaillée sur ses projets de politique extérieure. Elle les consulte lorsque leurs intérêts sont touchés (art. 45, al. 2, Cst.). Le contenu et l'étendue des droits de participation figurent dans des dispositions constitutionnelles ad hoc ; les possibilités de participation sont vastes : impulsion (initiative des cantons), influence sur la prise de décisions durant la phase préliminaire de législation (consultation) et partage du savoir-faire professionnel (compétences propres aux administrations cantonales, participation à des commissions d'experts) ou codécision au cours de la phase finale (référendum demandé par les cantons, double majorité). L'initiative des cantons (art. 160, al. 1, Cst.), qui s'adresse aux Chambres fédérales, vise uniquement à donner un élan. Le Parlement décide ensuite seul s'il y donne suite et, le cas échéant, sous quelle forme. Ce dispositif n'est pas particulièrement efficace.⁷⁸ La Confédération n'est juridiquement pas tenue de prendre en compte les prises de position des cantons émises durant la phase préliminaire de la procédure législative. Elle accorde cependant l'attention nécessaire aux prises de position des cantons consolidées sur les plans technique et politique dans le cadre de la CdC ou des conférences des directeurs compétentes. Il s'agit là d'un aspect essentiel du processus de négociation au sein de l'État fédéral. La prise en compte des droits de participation des cantons, d'autant plus lorsqu'ils expriment une position commune, est inhérente à la culture politique suisse. Les conférences spécialisées et la CdC jouent à cet égard un rôle primordial. Le contenu des normes fondamentales et des autres normes importantes est ensuite défini par le Parlement fédéral. Le Conseil des États se doit de défendre les intérêts des cantons. À l'issue des délibérations, les cantons peuvent encore faire valoir leurs droits de défense en cas d'atteinte fondamentale à leurs intérêts : référendum demandé par les cantons, majorité des cantons en cas de double majorité requise.

9.3 Participation des cantons aux décisions de politique extérieure (art. 55 Cst.)

La participation des cantons aux décisions de politique extérieure revêt une importance particulière. Les cantons doivent être associés à la préparation des décisions de politique extérieure dès lors que leurs compétences ou leurs intérêts essentiels sont affectés (art. 55, al. 1, Cst.). Cette disposition permet dans une certaine mesure de « compenser » la compétence globale de la Confédération définie à l'art. 54 Cst.⁷⁹ Cette dernière informe les

⁷⁷ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation, RS 822.14).

⁷⁸ Biaggini, (note 4), art. 160 Cst., ch. 10.

⁷⁹ Biaggini, (note 4), art. 55 Cst., ch. 2.

cantons en temps utile et de manière détaillée et elle les consulte (art 55, al. 2, Cst.). Les prises de position des cantons revêtent un poids particulier lorsqu'elles portent sur des questions qui relèvent de leur compétence. Dans ces cas, ils sont associés de manière appropriée aux négociations internationales (art 55, al. 3, Cst.). Quand bien même elle serait consolidée, une prise de position cantonale ne peut lier juridiquement la Confédération, laquelle doit pouvoir prendre des décisions qui ne correspondent pas nécessairement aux attentes des cantons.⁸⁰ Il en va notamment de sa capacité d'action en politique extérieure. Le 8 décembre 2021, le Conseil des États a rejeté un postulat chargeant le Conseil fédéral d'indiquer quelles étaient les possibilités d'obliger les cantons à participer à certaines décisions de politique étrangère.⁸¹ Bien que juridiquement non contraignante, la participation des cantons au sens de l'art. 55 Cst. a un effet considérable dans la pratique. Cette disposition constitutionnelle est autant dans l'intérêt des cantons que dans celui de la Confédération. Elle met en lumière le fait que la politique étrangère dépend dans une large mesure de la politique intérieure. Les cantons doivent faire valoir leurs capacités, leur expertise et leur expérience, et soutenir la politique extérieure dans les limites des principes de la démocratie et du fédéralisme.⁸² Le succès de la politique extérieure passe par une collaboration de la Confédération et des cantons basée sur la confiance. Elle ne peut fonctionner en allant à l'encontre de la volonté de ces derniers.

9.4 Loi sur la participation

La loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993⁸³ s'applique à toutes les entreprises privées qui, en Suisse, occupent des travailleurs en permanence. Elle a permis d'adapter le droit du travail suisse aux dispositions de l'accord sur l'espace économique européen (EEE). Après que la Suisse a renoncé à adhérer à l'EEE, le Conseil fédéral a incorporé la loi sur la participation au paquet législatif Swisslex I, conformément aux décisions Eurolex du Parlement. La loi sur la participation règle notamment le droit des travailleurs à être représentés (art. 3 ss) et le mandat de leur représentation (art. 8). La représentation des travailleurs a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches (art. 9, al. 1). La collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise repose sur le principe de la bonne foi. L'employeur doit en outre soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités (art. 11).

La représentation des travailleurs dispose de droits de participation dans les domaines suivants : sécurité au travail et protection de la santé, transfert d'entreprises, licenciements collectifs, prévoyance professionnelle (art. 10).

Article 10 Droits de participation particuliers

La représentation des travailleurs dispose, sur la base de la législation y relative, de droits de participation dans les domaines suivants :

- a. sécurité au travail au sens de l'art. 82 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents et protection des travailleurs au sens de l'art. 48 de la loi du 13 mars 1964 sur le travail ;

⁸⁰ Biaggini, (note 4), art. 55 Cst., ch. 9.

⁸¹ Postulat 21.4192 Maya Graf, Les Vert-e-s.

⁸² Pfisterer, *St. Galler Kommentar* (note 27), art. 55 Cst., ch. 11.

⁸³ Loi sur la participation, RS 822.14.

- b. transfert de l'entreprise au sens des art. 333 et 333a du Code des obligations ;
- c. licenciements collectifs au sens des art. 335d à 335g du Code des obligations ;
- d. affiliation à une institution de la prévoyance professionnelle et résiliation d'un contrat d'affiliation.

La représentation des travailleurs doit être consultée si un licenciement collectif est prévu. Elle doit avoir au moins la possibilité de soumettre des propositions destinées à éviter des licenciements, à en limiter le nombre ou à en atténuer les conséquences.

L'idée fondamentale qui sous-tend la loi sur la participation est que la représentation des travailleurs doit être informée et consultée sur les questions importantes. Pour autant, les droits de participation ne confèrent pas aux travailleurs de droits de codécision formels.

9.5 Conclusion

L'examen des domaines de réglementation amène les observations suivantes :

- Les cantons ne peuvent exercer leurs droits de participation correctement qu'à condition d'avoir reçu une information complète en temps opportun.
- Il y a lieu d'examiner de façon équitable les prises de position tout au long de la participation.
- Il n'existe en règle générale aucune obligation juridique de tenir compte des prises de position exprimées.
- La possibilité de parvenir à de bonnes solutions suppose une culture de la participation fondée sur des relations de confiance.

Le terme « participation » n'est généralement pas synonyme de « codécision » au sens juridiquement contraignant (*shared decision-making*). Un tel droit de codécision n'est valable qu'à condition d'être réglé expressément dans les bases juridiques déterminantes.

10. Participation des parlements

10.1 Généralités

Le processus de négociation, de même que le contenu des concordats ayant force de loi sont largement déterminés par l'exécutif. Cependant, les gouvernements cantonaux sont tenus d'informer les parlements cantonaux en temps utile et de manière complète des conventions existantes ou prévues (art. 4, al. 1, ACI ; voir aussi art. 13, let. d, PFCC, RS 613.2). Cette réglementation est judicieuse et vise l'élaboration de solutions durables. Les cantons décident de façon autonome de l'étendue et des modalités de la participation parlementaire dans le cadre des conventions intercantionales.

Selon Silvano Möckli, les parlements cantonaux doivent aussi bien participer, par étapes, à l'élaboration des conventions intercantionales qu'assurer la haute surveillance, le contrôle et l'évaluation du « fonctionnement » des institutions intercantionales.⁸⁴ Dans la pratique, les commissions parlementaires compétentes jouent un rôle important, il y a donc lieu de les informer et de les consulter suffisamment tôt. Elles ne peuvent cependant apporter aucune modification à la teneur d'un concordat et doivent l'adopter ou le rejeter dans son

⁸⁴ Silvano Möckli, *Parlamente und die Interkantonalisierung der Politik*, in : *Parlament/Parlement/Parlamento*, 3/2009, 8.

ensemble. Les conventions intercantionales qui portent sur des questions fondamentales et d'autres questions importantes doivent être adoptées par le parlement dans tous les cantons. C'est le cas par conséquent des conventions ayant force de loi. Dans certains cantons, le parlement décide également de la résiliation d'une convention.⁸⁵ La décision d'adoption du parlement n'est définitive que dans deux cantons (OW, AI), étant donné que ceux-ci ne connaissent pas de référendum en matière de traités intercantonaux et internationaux.⁸⁶ Dans cinq cantons (ZH, BE, SZ, SH, VD), il existe une initiative populaire qui permet d'entamer des négociations sur la conclusion, la modification ou la dénonciation d'un concordat.⁸⁷

Les parlements cantonaux décident de façon autonome s'ils souhaitent se concerter lors de l'examen des conventions intercantionales. Cette concertation peut prendre la forme d'un échange d'informations, d'accords informels ou une forme plus contraignante de collaboration. Silvano Möckli est favorable à une meilleure collaboration entre les parlements cantonaux et une harmonisation des structures parlementaires.

Les parlements de Suisse romande ont adopté un modèle contraignant de collaboration dans ce domaine.

Exemple : Convention romande sur la participation des parlements (« concordat des concordats »).

Six cantons romands ont conclu une convention sur la participation des parlements à la collaboration intercantonale.⁸⁸ Le but de cette convention est de renforcer le rôle des parlements dans la collaboration intercantonale. Elle prévoit trois institutions interparlementaires :

a. Bureau interparlementaire de coordination

Le Bureau interparlementaire de coordination est composé de deux représentants de chaque canton contractant. Il assure l'échange d'informations et la coordination parlementaire relatifs aux affaires intercantionales qui intéressent les cantons contractants. Le Bureau interparlementaire de coordination est l'interlocuteur de la Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale (CGSO) et des conférences des directeurs régionales de Suisse romande.

b. Commission interparlementaire

Une commission interparlementaire, composée de sept représentants désignés par le parlement de chaque canton contractant, est constituée pour chaque projet de convention intercantonale. La commission interparlementaire peut prendre position sur le projet de convention intercantonale. Avant de signer, les gouvernements l'informent de la suite qu'ils ont donnée à sa prise de position.

Une fois la convention signée, les gouvernements des six cantons soumettent l'acte à leurs parlements respectifs pour approbation.

⁸⁵ Art. 27, al. 3, Cst. AI, RS 131.224.2.

⁸⁶ Auer, (note 13), ch. 853 ; voir art. 58, let. c, Cst. BE, RS 131.212.

⁸⁷ Auer (note 13), ch. 1048.

⁸⁸ FR, VD, VS, NE, GE, JU : Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger (Convention sur la participation des Parlements, CoParl) du 5.3.2010 (RSF/FR 121.4) ; voir Auer, (note 13), ch. 812 ss.

c. Commission interparlementaire de contrôle

Si une institution intercantonale ou une institution commune est créée en vertu d'une convention, les cantons signataires mettent sur pied une commission interparlementaire de contrôle.

10.2 Assise démocratique de la collaboration intercantonale

Il arrive que la doctrine de droit public et les politiques relèvent un déficit démocratique dans l'adoption de conventions intercantionales, arguant de ce que la procédure préliminaire implique essentiellement l'exécutif et que le rôle des parlements se borne à approuver ou rejeter les projets de conventions. Ils omettent cependant que les commissions parlementaires compétentes sont pleinement informées et impliquées à un stade précoce du processus de décision. En outre, les parlements peuvent non seulement approuver ou rejeter une convention, mais ils peuvent aussi la renvoyer pour révision.

Affirmer que les conventions intercantionales souffrent d'un déficit démocratique relève souvent de l'approximation. Andreas Auer : « Le référendum en matière de traités internationaux ou intercantonaux s'est plus ou moins aligné sur le référendum constitutionnel ou législatif dans tous les cantons ou presque. Une privation de démocratie à ce niveau est donc quasiment impossible. Mais les conventions intercantionales continuent de souffrir d'une mauvaise réputation liée à une prédominance de l'exécutif et à un déficit démocratique supposés, alors même que, dans le cas de conventions majeures, ce ne sont ni le gouvernement, ni le parlement qui décident, mais le peuple. »⁸⁹

10.3 Aspects de la séparation des pouvoirs

Les principes généraux régissant la séparation des pouvoirs s'appliquent également à la collaboration intercantonale. Les gouvernements et les parlements ont là aussi leurs propres compétences. L'essentiel est la concordance entre la fonction et l'organe.⁹⁰ Chaque organe doit jouer le rôle qui lui est conféré par la Constitution. La responsabilité de préparer et de négocier les concordats incombe en premier lieu aux gouvernements, qui sont également compétents pour leur mise en œuvre. Ils peuvent aussi être amenés à décider de mandats de prestations pour les institutions intercantionales et trancher des questions importantes touchant au personnel. Les parlements cantonaux doivent être suffisamment associés à la collaboration intercantonale. Compte tenu de l'avantage dont ils jouissent en termes de légitimation, ils doivent eux aussi prendre des décisions de principe démocratiques pour la collaboration intercantonale et donc prendre la direction stratégique de l'activité de l'État. Ils sont tenus d'approuver les conventions intercantionales qui relèvent de leur domaine de compétences et peuvent interférer dans l'action du gouvernement par l'intermédiaire des instruments à leur disposition. Des commissions de gestion interparlementaires peuvent être créées au sein des organismes responsables dans le but d'en assurer la haute surveillance. Afin que les parlements cantonaux puissent accomplir leurs tâches, il faut les informer au plus tôt et de façon continue des activités transcantonaux de l'exécutif.

⁸⁹ Auer, (note 13), ch. 872.

⁹⁰ Kurt Nuspliger/Jana Mäder, *Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone*, 4^e éd., Berne 2012, 14.

L'implication de commissions parlementaires permanentes est le moyen le plus à même d'y parvenir.

Cependant, les parlements ne peuvent et ne doivent pas prendre en charge les tâches de l'exécutif. Selon Bernhard Waldmann, ils ne disposent pas de la capacité fonctionnelle requise pour participer de manière étendue à la phase de négociation et de conclusion des conventions intercantionales.⁹¹

La convention entre les cantons de Bâle-Campagne et Bâle-Ville sur l'organisme responsable commun de l'Université de Bâle illustre bien les interactions entre le gouvernement et le parlement dans le cadre de la collaboration intercantonale.⁹²

III. Atelier du 13 juin 2022 : 13 thèses

1. 13 thèses

Le 13 juin 2022, la CdC a organisé un atelier sur les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, auquel ont participé une vingtaine de représentants des cantons et des conférences intercantionales. Étaient également présents Thomas Beljean, Bolz&Partner AG, chargé d'analyser les indemnités fixées dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (art. 25 - 28 ACI), et Werner Weber, Division « Politique budgétaire, péréquation financière, statistique financière » PB auprès de l'Administration fédérale des finances. Thomas Minger, secrétaire général suppléant de la CdC, et Alexander Jungo, responsable RPT à la CdC, ont animé l'atelier.

L'auteur du présent rapport a proposé à cette occasion de débattre des 13 thèses ci-après :

(1). Maxime

Compenser de manière équitable les coûts des services profitant à plusieurs cantons en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre », tel est le sens de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

Largement acceptée, cette règle sous-tend toutes les conventions intercantionales assorties d'une compensation des charges.

(2). Organismes responsables communs et acquisition de prestations

La « collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges » provient du droit fédéral. Les deux formes de collaboration envisageables sont les organismes responsables communs et l'acquisition des prestations ; elles illustrent parfaitement la réalité de la collaboration intercantonale. Les cantons signataires se voient accorder des droits de participation paritaires aux décisions et à la mise en œuvre pour tous les domaines de tâches. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs. Cette pondération peut s'avérer nécessaire pour compenser des

⁹¹ Waldmann (note 30), ch. 15.

⁹² Voir ci-dessus II, ch. 7.

déséquilibres importants dans l'utilisation des prestations. Certaines décisions peuvent requérir une majorité qualifiée. Le bénéficiaire des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions.

(3). Participation

La notion de « participation » est plus large que celle de « codécision ». La participation en tant que terme générique couvre tout l'éventail des possibilités de participation : participation dans le cadre d'une audition, consultation formelle sur des projets, implication personnelle dans la préparation d'une décision, participation à la prise de décision au sein de comités – avec voix consultative ou avec droit de vote plein et entier. Si la participation atteint le niveau de la codécision (*shared decision-making*), il convient de le mentionner expressément dans les bases juridiques applicables. Les acteurs doivent alors s'entendre sur la signification de la participation dans le domaine qui les concerne.

Il y a un lien entre la *participation* et la *rentabilité de la production des prestations* telle que définie à l'art. 28, al. 3, let. e, ACI. L'exercice des droits de participation vise une prestation sur mesure et améliore les chances de parvenir à la rentabilité voulue. Il est indispensable que les acteurs exercent leurs droits de participation pour que la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges déploie tous ses effets. La participation est un élément clé du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif. Dans la logique de ce dernier, on pourrait donc également parler d'un « devoir » de participation. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais d'un engagement nécessaire au bon fonctionnement de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

(4). Des solutions sur mesure

Les conventions intercantionales doivent viser la recherche de solutions sur mesure pour régler la participation. Ces conventions spécifient les organes et les procédures auxquelles les droits de participation s'appliquent. Dans le cas de l'acquisition de prestations, les conventions vont en général bien au-delà du « droit de participation partiel » (AIU, AHES, CIIS, concordats sur l'exécution des peines et des mesures).

La modification des conventions fait partie des questions fondamentales et autrement importantes pour lesquelles les droits de participation s'appliquent pleinement.

(5). La participation tout au long du processus

La participation doit avoir lieu à toutes les étapes du processus : négociation de la convention, prise de décision, mise en œuvre. Elle est recommandée à un stade très précoce, au tout début du processus dont on ne connaît pas encore les tenants et les aboutissants. Les bénéficiaires potentiels de l'offre de prestations doivent être impliqués dès la phase de conception. Décider quelles prestations seront achetées et à quel prix, ou définir la forme de l'organisme responsable commun, exige la participation de l'ensemble des partenaires dès le début.

(6). Transparence totale

Exercer adéquatement les droits de participation suppose une transparence totale sur les bases financières et sur l'offre de prestations.

L'obligation d'informer incombe en premier lieu aux cantons dans lesquels sont implantées les institutions pour l'utilisation desquelles il y a versement de paiements compensatoires au titre d'une convention intercantonale. L'information doit être complète et fournie à temps. Le montant des indemnités repose sur un calcul des coûts et des prestations transparent et compréhensible. Il est recommandé d'associer suffisamment tôt les comités spécialisés.

(7). Décisions prises à la majorité qualifiée

En règle générale, les décisions sont prises à la majorité simple. En cas d'acquisition de prestations, les conventions peuvent prévoir la possibilité de prendre les décisions à la majorité qualifiée, selon le degré d'implication des cantons. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Cela permet d'éviter que les cantons sites ne soient mis en minorité par d'autres cantons sur des questions importantes. Dans le cas de l'AIU, certaines décisions requièrent la majorité des deux tiers des membres de la conférence, dont la moitié au moins des cantons universitaires (art. 16, al. 3, AIU). En ce qui concerne la CIIS, les décisions de la CDAS relatives à l'extension de la CIIS à d'autres domaines d'institutions sociales doivent être prises à la majorité des deux tiers pour être valables (art. 8, al. 1, let. a, CIIS).

Même s'il y a un organisme responsable commun, la majorité qualifiée peut s'avérer utile pour éviter des déséquilibres lorsqu'il s'agit de trancher des questions importantes. Dans le cas du concordat sur l'École de police intercantonale Hitzkirch (IPH), certaines décisions de l'autorité concordataire doivent être prises à la majorité des deux tiers (art. 9 du concordat IPH).

(8). Acteurs

Il convient de faire une distinction entre les acteurs politiques majeurs et d'autres acteurs qui jouent un rôle important sans être des partenaires formels d'une convention intercantonale. Les cantons comptent parmi les acteurs majeurs. Il se peut aussi que les fournisseurs de services soient des communes. Dans ce cas, elles comptent elles aussi parmi ces acteurs ; il faut donc leur accorder le droit d'être entendues et de participer aux décisions. Une convention intercantonale peut octroyer aux communes ou aux organisations sous leur responsabilité un droit direct à être indemnisées (art. 30 ACI). Les organisations soutenues par les communes peuvent être des associations de communes. Les communes sont à considérer comme des acteurs formels car elles peuvent faire valoir des droits en vertu d'une convention intercantonale, quand bien même elles ne seraient pas parties à ladite convention.

La Principauté de Liechtenstein compte elle aussi parmi ces acteurs dès lors qu'elle adhère à une convention en vertu de sa propre législation.

Selon les domaines, il existe d'autres acteurs qui ne relèvent pas de l'échelon politique tout en jouant un rôle important. On pense notamment à des comités spécialisés ou à des

institutions prestataires telles que les universités ou les institutions sociales relevant de la CIIS.

(9). Rôle des organes de direction

On opère souvent, en gestion publique, une distinction entre les questions stratégiques et les questions opérationnelles. La stratégie porte sur des questions fondamentales qui ont trait à la réalisation à long terme des objectifs d'une institution. Définir la stratégie relève des prérogatives de l'échelon politique. En droit public, la politique a pour mission de se consacrer aux questions fondamentales et aux autres questions importantes. Dans le cas des conventions intercantionales, il n'est pas rare que l'on institue un organe suprême composé de membres de gouvernement et dévolu à ces tâches. On renoncera à associer les organes de direction politiques aux questions opérationnelles.

(10). Rôle des comités spécialisés

Le succès de la collaboration intercantonale repose dans la plupart des cas sur l'important travail fourni par les comités spécialisés. Ceux mis en place par les concordats ont des compétences propres et il leur revient de préparer des bases décisionnelles à l'intention des organes de direction politiques. Il y a lieu de tirer pleinement parti du potentiel de participation de ces comités spécialisés. Un exemple : la Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS). Ses organes sont, sur le plan technique, la Conférence suisse des offices de liaison CIIS (CSOL CIIS) et les quatre conférences régionales. La CSOL CIIS peut soumettre des propositions au Comité de la CDAS, lequel joue un rôle clé au sein de la CIIS. Si nécessaire, les comités spécialisés peuvent se voir confier des tâches liées à l'exploitation. Certains ne sont pas rattachés à un concordat mais peuvent avoir une fonction notable. Il s'agit par exemple de comités mis en place par les conférences des directeurs. À cela s'ajoutent les unités compétentes des administrations cantonales. Les offices cantonaux d'exécution des peines occupent une position centrale dans l'exécution des peines et des mesures. Le Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales soutient la CCDJP, les concordats et les cantons dans la planification stratégique ainsi que dans le développement en matière d'exécution des peines, et met à disposition une interface importante entre décideurs politiques et professionnels. La Commission consultative de la CDAS (CoCo), qui est composée de responsables cantonaux de l'action sociale, de représentants de l'Union des villes suisses, de l'Association des communes suisses, de l'Office fédéral des assurances sociales et de la Conférence suisse des institutions d'action sociale, est à la disposition du Comité de la CDAS pour apporter un appui technique à la CIIS.

(11). Autonomie des institutions

La coopération intercantonale porte souvent sur des prestations fournies par des institutions soutenues par les cantons. Dans le domaine des hautes écoles, il s'agit des universités, auxquelles les cantons partenaires accordent généralement une autonomie ancrée dans la loi. Il convient de respecter l'autonomie et la marge de manœuvre dont jouissent ces institutions.

Les acteurs importants de la coopération intercantonale que sont les universités et les hautes écoles spécialisées doivent être associés équitablement aux processus de formation

de l'opinion. Il convient d'y ajouter des institutions relativement autonomes œuvrant dans d'autres domaines politiques, à l'instar de l'École de police intercantonale Hitzkirch (IPH), des établissements d'exécution des peines et mesures ou des institutions sociales partenaires de la CIIS.

(12). Principes fondamentaux de droit constitutionnel

Les principes fondamentaux énoncés par la Constitution s'appliquent à la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges : légalité, intérêt général, proportionnalité, bonne foi, respect et assistance au sein de l'État fédéral. Les éléments clés de l'équivalence fiscale comptent eux aussi parmi les principes fondamentaux énoncés par la Constitution. Le succès de la collaboration intercantonale suppose loyauté, volonté de chacun d'être partie prenante et, par conséquent, culture de la coopération à tous les échelons. L'implication de l'ensemble des acteurs doit être perçue comme une valeur positive. Il convient de viser un juste équilibre des intérêts.

(13). Communication politique

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges fonctionne dans l'ensemble très bien. Cela vaut également pour les droits de participation des cantons qui y adhèrent. L'exercice des droits de participation améliore l'offre de prestations. La valeur ajoutée pour les citoyens est considérablement plus élevée, ce qui est une preuve d'efficacité du système fédéral. La communication politique devrait en rendre compte.

2. Résultats de l'atelier

Le dispositif de la participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges est largement accepté. Les 13 thèses ont reçu un bon accueil et sont considérées comme appropriées.

Le terme « adéquat » employé dans la thèse 1 implique une marge de manœuvre significative. Il est important que la participation ne soit pas réglée de la même manière dans tous les domaines, les différentes conventions intercantionales devant permettre des solutions « sur mesure ». Planifiée dès le début par l'ensemble des acteurs, la collaboration intercantonale peut devenir le cadre réglementaire des droits de participation. Ce n'est pas le cas dans le domaine de la culture, où certains cantons ont érigé des institutions d'importance suprarégionale, dont le cofinancement et les droits de participation doivent être organisés ultérieurement par d'autres cantons.

Thèse 2 : la question se pose, dans le cas des organismes responsables communs, de savoir pourquoi les droits de participation ne doivent être pondérés qu'exceptionnellement en fonction de la participation financière, étant donné que les intérêts peuvent varier selon la taille des cantons.

Thèse 3 : les participants ne sont pas tous d'avis que l'exercice des droits de participation améliore les chances de parvenir à la rentabilité voulue. Exercer lesdits droits peut complexifier les processus ; ce qui importe surtout, c'est que la participation soit exercée à l'échelon ad hoc. De plus, les cantons n'ont pas tous les mêmes besoins. Si l'on parle de « clients », il faut tenir compte des intérêts des cantons certes, mais aussi de ceux des

individus, par exemple les étudiants. Viser une « obligation de participation » suppose que cela soit spécifié dans la convention.

Thèse 5 (Participation tout au long du processus) : le processus décisionnel doit-il avoir lieu au sein du canton avant d'impliquer les autres cantons ? Il n'est pas toujours réaliste de permettre à d'autres cantons de participer si l'on ne sait pas dans quelle direction on va. La participation doit-elle avoir lieu dès la planification des infrastructures ?

Thèse 6 (Transparence) : la transparence totale est surtout importante s'agissant des coûts. Les conventions doivent fixer les modalités de financement étant donné qu'il n'existe pas partout de calcul harmonisé des coûts et des prestations. Faudrait-il prévoir des principes de base pour la présentation des comptes ? Les prestations doivent être modulables, car les cantons n'ont pas tous les mêmes besoins. Les processus décisionnels doivent eux aussi faire l'objet d'une transparence totale.

Thèse 7 (Décisions prises à la majorité qualifiée) : la majorité qualifiée n'est pas synonyme de pondération plus élevée des grands cantons. Elle peut être comprise comme un moyen de protéger les cantons sites. On pourrait envisager un double quorum.

Thèses 8 et 9 : la distinction entre questions stratégiques et questions opérationnelles est tout à fait justifiée. Elle pourrait même être accentuée. À noter aussi que ce sont souvent les gouvernements des cantons de petite taille qui doivent gérer des questions opérationnelles. Dans la pratique, la stratégie est élaborée à l'échelon technique avant d'être approuvée par l'échelon politique.

Thèse 10 (Rôle des comités spécialisés) : certains cantons ont l'impression que les jalons sont posés par les conférences techniques (domaine social, santé).

Thèse 13 (Communication politique) : informer encore mieux sur les atouts de la collaboration intercantonale et mettre l'accent sur ses succès ne peut qu'être bénéfique. Fournir la preuve de l'efficacité de cette collaboration suppose néanmoins un investissement encore plus grand.

Mesdames Christine Winkelmann et Julia Stadler, collaboratrices scientifiques à la CdC, ont rédigé le procès-verbal. La liste des participants se trouve à l'annexe 2 du présent rapport, les résultats à l'annexe 3.

IV. Réformes

1. Bases

Ancrée dans la Constitution fédérale (Cst.), dans la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (PFCC) et dans l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI), la participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges est largement acceptée. Il ressort cependant de diverses observations que des optimisations et précisions pourraient être apportées dans plusieurs domaines.

Trois options sont envisageables :

A. Compléter les commentaires relatifs aux droits de participation prévus par l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI).

- B. Élaborer un guide des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.
- C. Remanier le texte de l'ACI portant sur les droits de participation.

Ces options reposent sur le présent rapport, et plus particulièrement sur les 13 thèses préparées pour l'atelier du 12 juin 2022 et sur ses résultats. L'idée qui les sous-tend est d'encourager les parties prenantes à exercer leurs droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre dans le cadre de la collaboration intercantonale avec compensation des charges. En résulteront des améliorations qui favoriseront une meilleure compréhension du dispositif et un accomplissement efficace et équitable des tâches dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

Présentation des options A, B et C :

A. Version commentée de l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI).

1. Art. 4 ACI

1.1 Teneur

Art. 4 Position des parlements cantonaux

¹ Les gouvernements cantonaux sont tenus d'informer les parlements cantonaux à temps et de manière complète des conventions existantes ou prévues en matière de collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

² Pour le reste, les droits de participation des parlements cantonaux sont réglés par le droit cantonal.

1.2 Commentaire

1.2.1 Teneur actuelle

Cet article se base sur l'art. 13 let. d PFCC qui oblige les cantons à définir dans l'ACI les modalités de participation des parlements cantonaux à la collaboration assortie d'une compensation des charges.

Le devoir d'information prescrit à l'alinéa 1 constitue la base minimale de la participation parlementaire. Au sens de la liberté d'organisation des cantons, la structure concrète des droits de participation reste du ressort du droit cantonal. La procédure de ratification dans les cantons donnera l'occasion de définir, de manière ciblée par rapport aux besoins particuliers, des notions imprécises comme « à temps » et « de manière complète ».

La formulation à caractère obligatoire de l'al. 2 doit souligner la nécessité impérative de prévoir des règles correspondantes dans le droit cantonal. Il revient à chaque canton la tâche de mettre en œuvre dans son droit cantonal d'éventuelles obligations intercantionales.

1.2.2 Nouvelle teneur proposée

Cet article se base sur l'art. 13, let. d, PFCC qui oblige les cantons à définir dans l'ACI les modalités de participation des parlements cantonaux à la collaboration assortie d'une compensation des charges.

Les parlements cantonaux doivent prendre des décisions de principe démocratiques pour la collaboration intercantonale. Ils sont chargés d'approuver les conventions intercantionales relevant de leur domaine de compétence et l'instrument parlementaire leur permet d'influer sur l'action des gouvernements. Des commissions de gestion interparlementaires peuvent être créées au sein des organismes responsables dans le but d'en assurer la haute surveillance. Afin que les parlements cantonaux puissent accomplir leurs tâches, ils doivent être informés au plus tôt, en continu et de manière exhaustive des activités transcantoniales des gouvernements.

Le devoir d'information des gouvernements cantonaux constitue la base indispensable de la participation parlementaire. La structure concrète des droits de participation parlementaires reste du ressort du droit cantonal, en vertu de l'autonomie d'organisation des cantons. Les parlements cantonaux peuvent définir eux-mêmes les structures et les processus qui sous-tendent l'exercice de leurs droits de participation. La pratique montre que l'implication au plus tôt des commissions parlementaires est justifiée.

La formulation à caractère obligatoire de l'alinéa 2 doit souligner la nécessité de prévoir des règles correspondantes dans le droit cantonal. Il revient à chaque canton de mettre en œuvre dans son droit cantonal d'éventuelles obligations intercantionales.

2. Art. 12 ACI

2.1. Teneur

Art. 12 Droits des cantons partenaires

¹ Les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent d'un droit paritaire de participation aux décisions. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs.

² Le droit de participation aux décisions est global et s'étend à tous les domaines concernant la fourniture des prestations.

2.2. Commentaire

2.2.1 Teneur actuelle

La formulation correspond à celle de l'art. 12 PFCC.

L'organisme responsable commun constitue, par rapport à l'acquéreur des prestations, une forme de participation avec engagements financiers plus étendus. En conséquence, il faut accorder aux partenaires un droit de participation qui se rapporte à tous les domaines concernant la production des prestations en question.

Il est expressément indiqué que le droit de participation paritaire constitue la règle et qu'une pondération sur la base des engagements financiers ne peut intervenir que de manière exceptionnelle.

2.2.2 Nouvelle teneur proposée

Selon l'art. 12 PFCC, la péréquation des prestations dont profitent plusieurs cantons doit tenir compte en particulier de l'utilisation effective de ces prestations, de l'étendue du droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre ainsi que des avantages ou inconvénients considérables qui y sont liés et dont le canton fournisseur bénéficie en raison de sa situation.

La participation est un élément clé du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif.

Exercer adéquatement les droits de participation se traduit dans l'idéal par une fourniture de prestations à moindre coût et conforme aux besoins. Le bon exercice des droits de participation suppose une transparence totale sur les bases financières et sur l'offre de prestations. L'obligation d'informer incombe en premier lieu aux cantons dans lesquels sont implantées les institutions pour l'utilisation desquelles il y a versement de paiements compensatoires au titre d'une convention intercantonale. L'information doit être complète et fournie à temps. Le montant des indemnités repose sur un calcul des coûts et des prestations transparent et compréhensible. Il est recommandé d'associer suffisamment tôt les comités spécialisés. Les cantons signataires se voient accorder des droits de participation paritaires aux décisions et à la mise en œuvre pour tous les domaines de tâches. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs, la pondération pouvant s'avérer nécessaire pour compenser des déséquilibres importants dans l'utilisation des prestations. Certaines décisions peuvent requérir une majorité qualifiée. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Cela permet d'éviter que les cantons sites ne soient mis en minorité par d'autres cantons sur des questions importantes.

Les conventions intercantionales doivent viser la recherche de solutions sur mesure pour régler la participation. Ces conventions spécifient les organes et les procédures auxquelles les droits de participation s'appliquent. Il convient donc de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice des droits de participation.

On renoncera de manière générale à associer les organes de direction politiques aux questions opérationnelles. Le succès de la collaboration intercantonale repose dans la plupart des cas sur l'important travail fourni par les comités spécialisés. Ceux mis en place par les concordats ont des compétences propres et il leur revient de préparer des bases décisionnelles à l'intention des organes de direction politiques. Il convient de tirer pleinement parti du potentiel de participation de ces comités. La coopération intercantonale porte souvent sur des prestations fournies par des institutions soutenues par les cantons. Il convient de respecter l'autonomie et la marge de manœuvre dont jouissent ces institutions.

3. Art. 22 ACI

3.1 Teneur

Art. 22 Participation de l'acquéreur des prestations

Le bénéficiaire des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions.

3.2. Commentaire

3.2.1 Teneur actuelle

Un droit de participation partiel peut par exemple se rapporter à l'exploitation courante ou consister uniquement en un droit d'audition. Les modalités concrètes de la participation sont fixées en détail dans les conventions concernées.

3.2.2 Nouvelle teneur proposée

L'acquisition de prestations obéit elle aussi à des principes supérieurs, dont celui de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif. Les conventions intercantionales doivent viser la recherche de solutions sur mesure pour régler la participation. Elles spécifient les organes et les procédures auxquelles les droits de participation s'appliquent. Il convient donc de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice desdits droits. Certaines décisions peuvent requérir une majorité qualifiée. Le « droit de participation partiel » au sens de l'art. 22 ACI peut être un droit d'audition ou un droit de proposition. Dans le cas de l'acquisition de prestations, les conventions vont en général bien au-delà du « droit de participation partiel ».

On renoncera de manière générale à associer les organes de direction politiques aux questions opérationnelles. Le succès de la collaboration intercantonale repose dans la plupart des cas sur l'important travail fourni par les comités spécialisés. Ceux mis en place par les concordats ont des compétences propres et il leur revient de préparer des bases décisionnelles à l'intention des organes de direction politiques. Il convient de tirer pleinement parti du potentiel de participation de ces comités. La coopération intercantonale porte souvent sur des prestations fournies par des institutions soutenues par les cantons. Il y a lieu de respecter l'autonomie et la marge de manœuvre dont jouissent ces institutions.

B. Guide des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

1. Principe

« Compenser de manière équitable les coûts des services profitant à plusieurs cantons en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre », tel est le sens de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre sont des éléments clés du principe de l'équivalence fiscale. Il convient donc de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice desdits droits.

2. Organismes responsables communs et acquisition de prestations

La « collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges » provient du droit fédéral. Les deux formes de collaboration envisageables sont les organismes responsables communs et l'acquisition des prestations ; elles illustrent parfaitement la réalité de la collaboration intercantonale. Les cantons signataires se voient accorder des droits de participation paritaires aux décisions et à la mise en œuvre pour tous les domaines de tâches. Ces droits peuvent exceptionnellement être pondérés en fonction des engagements financiers respectifs. Une pondération peut notamment s'avérer nécessaire

pour compenser des déséquilibres importants dans l'utilisation des prestations. Certaines décisions peuvent requérir une majorité qualifiée.

Le bénéficiaire des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions. Le « droit de participation partiel » au sens de l'art. 22 ACI peut être un droit d'audition ou un droit de proposition. Dans le cas de l'acquisition de prestations, les conventions vont la plupart du temps bien au-delà du « droit de participation partiel ».

3. Participation et rentabilité de la production des prestations

La participation et la rentabilité de la production des prestations sont liées. L'exercice actif des droits de participation conduit dans l'idéal à une prestation sur mesure, améliorant la rentabilité de la production. Il est indispensable que les acteurs exercent leurs droits de participation pour que la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges déploie tous ses effets. La participation est un élément clé du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement du dispositif. Dans la logique de ce dernier, on pourrait donc également parler d'un « devoir » de participation. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais d'un engagement nécessaire au bon fonctionnement de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Il convient de tendre vers des processus simples.

4. Des solutions sur mesure

Les conventions intercantionales doivent viser la recherche de solutions sur mesure pour régler la participation. Ces conventions spécifient les organes et les procédures auxquels les droits de participation s'appliquent. Il convient donc de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice des droits de participation.

5. La participation tout au long du processus

La participation doit avoir lieu à toutes les étapes du processus : négociation de la convention, prise de décision, mise en œuvre. Les bénéficiaires potentiels de l'offre de prestations doivent être impliqués dès la phase de conception. Décider quelles prestations seront achetées et à quel prix, ou définir la forme de l'organisme responsable commun, exige la participation de l'ensemble des partenaires dès le début.

6. Transparence totale

Exercer adéquatement les droits de participation suppose une transparence totale sur les bases financières et sur l'offre de prestations.

L'obligation d'informer incombe en premier lieu aux cantons dans lesquels sont implantées les institutions pour l'utilisation desquelles il y a versement de paiements compensatoires au titre d'une convention intercantonale. L'information doit avoir lieu en temps utile et être complète. Pour fixer les indemnités, il convient d'établir un calcul des coûts et des prestations transparent et compréhensible. L'association précoce des comités spécialisés est recommandée.

7. Décisions prises à la majorité qualifiée

En règle générale, les décisions sont prises à la majorité simple. Les conventions peuvent toutefois prévoir la possibilité de prendre les décisions à la majorité qualifiée, selon le degré d'implication des cantons. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Cela permet d'éviter que les cantons sites ne soient mis en minorité par d'autres cantons sur des questions importantes.

8. Acteurs

Il convient de faire une distinction entre les acteurs politiques majeurs et d'autres acteurs qui jouent un rôle important sans être des partenaires formels d'une convention intercantonale. Les gouvernements cantonaux comptent parmi les acteurs majeurs. Il se peut aussi que les fournisseurs soient des communes ou que celles-ci exercent des droits de participation.

Selon les domaines politiques, il existe d'autres acteurs qui ne relèvent pas de l'échelon politique tout en jouant un rôle important. Dans les cantons, les services compétents pour un domaine spécifique comptent parmi ces acteurs.

Le succès de la collaboration intercantonale repose dans la plupart des cas sur l'important travail fourni par les comités spécialisés. Dans le domaine intercantonal, ils sont en général institués par les conférences des directeurs ou par des accords intercantonaux. Ceux mis en place par les concordats ont des compétences propres et il leur revient de préparer des bases décisionnelles à l'intention des organes de direction politiques. Il convient de tirer pleinement parti du potentiel de participation de ces comités spécialisés.

La coopération intercantonale porte souvent sur des prestations fournies par des institutions soutenues par les cantons. Dans le domaine des hautes écoles, il s'agit des universités, auxquelles les cantons partenaires accordent généralement une autonomie ancrée dans la loi. L'autonomie et la marge de manœuvre dont jouissent ces institutions sont à respecter. Il est enfin indispensable de prendre en compte les intérêts des citoyens bénéficiaires des prestations dans un contexte intercantonal.

9. Rôle des organes de direction

On opère souvent, dans l'exécution des tâches publiques, une distinction entre question stratégique et question opérationnelle. La stratégie porte sur des questions fondamentales qui ont trait à la réalisation à long terme des objectifs d'une institution. Définir la stratégie relève des prérogatives de l'échelon politique. En droit public, la politique a pour mission de se consacrer aux questions fondamentales et aux autres questions importantes. Dans le cas des conventions intercantionales, il n'est pas rare que l'on institue un organe suprême composé de membres de gouvernement et dévolu à ces tâches. On renoncera de manière générale à associer les organes de direction politiques aux questions opérationnelles.

10. Association des parlements

Les parlements cantonaux doivent être associés à la collaboration intercantonale de manière suffisante. Ils sont amenés à prendre des décisions de principe démocratiques. Par ailleurs, ils sont tenus d'approuver les conventions intercantionales qui relèvent de leur domaine de compétence et l'instrument parlementaire leur permet d'influer sur l'action des gouvernements. Des commissions de gestion interparlementaires peuvent être créées au sein des organismes responsables dans le but d'en assurer la haute surveillance. Afin que les parlements cantonaux puissent accomplir leurs tâches, il faut les informer pleinement, au plus tôt et de façon continue des activités transcantoniales des gouvernements. Le devoir d'information des gouvernements cantonaux constitue la base nécessaire de la participation parlementaire. La structure concrète des droits de participation reste du ressort du droit cantonal au titre de l'autonomie d'organisation des cantons. Les parlements cantonaux décident de leur propre chef avec quelles structures et quels processus ils entendent exercer leurs droits de participation. L'association précoce des commissions parlementaires compétentes a fait ses preuves.

11. Principes fondamentaux de droit constitutionnel

Les principes fondamentaux énoncés par la Constitution s'appliquent à la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges : subsidiarité, légalité, intérêt général, proportionnalité, bonne foi, respect et assistance au sein de l'État fédéral. Les éléments clés de l'équivalence fiscale comptent eux aussi parmi les principes fondamentaux énoncés par la Constitution. Le succès de la collaboration intercantonale suppose loyauté, volonté de chacun d'être partie prenante et, par conséquent, culture de la coopération à tous les échelons. L'implication de l'ensemble des acteurs doit être perçue comme une valeur positive. Il convient de viser un juste équilibre des intérêts.

12. Communication politique

La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges fonctionne dans l'ensemble très bien. Cela vaut également pour les droits de participation des cantons qui y adhèrent. Idéalement, l'exercice des droits de participation améliore l'offre de prestations. La valeur ajoutée des prestations transcantoniales est considérablement plus élevée pour les citoyens, ce qui est une preuve d'efficacité du système fédéral. Il s'agit là d'un aspect à prendre en compte dans la communication politique.

C. Remanier le texte de l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) portant sur les droits de participation

1. Art. 2 ACI

1.1 Droit en vigueur

Art. 2 Objectifs de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

¹ La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges vise à assurer une exécution des tâches fondée sur les principes de l'économie, de l'efficacité et de l'efficience.

² Elle doit être aménagée de telle sorte que les bénéficiaires des prestations assument également les coûts et prennent les décisions y relatives.

³ Tous les quatre ans, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) publie un compte-rendu sur l'état de l'application des principes de la collaboration intercantonale.

1.2 Complément proposé

On pourrait ajouter une deuxième phrase à l'art. 2, al. 2 :

Les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre sont déterminants pour la bonne marche de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

2. Art. 12 ACI

2.1. Droit en vigueur

Art. 12 Droits des cantons partenaires

¹ Les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent d'un droit paritaire de participation aux décisions. Ce droit peut exceptionnellement être pondéré en fonction des engagements financiers respectifs.

² Le droit de participation aux décisions est global et s'étend à tous les domaines concernant la fourniture des prestations.

2.2 Nouvelle version proposée

Art. 12 Droits des cantons partenaires

¹ Les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent de droits paritaires de participation aux décisions et à la mise en œuvre. Dans les différentes conventions, ces droits peuvent exceptionnellement être pondérés en fonction des engagements financiers respectifs. La pondération peut notamment s'avérer nécessaire pour compenser des déséquilibres importants dans l'utilisation des prestations.

² Les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre sont globaux et s'étendent à tous les domaines concernant la fourniture des prestations. Les conventions doivent fournir un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice desdits droits.

³ Certaines décisions peuvent exiger une majorité qualifiée. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Il convient de tenir compte de l'autonomie desdites institutions.

3. Art. 22 ACI

3.1 Droit en vigueur

Art. 22 Participation de l'acquéreur des prestations

Le bénéficiaire des prestations dispose en principe au moins d'un droit partiel de participation aux décisions.

3.2 Nouvelle version proposée

Art. 22 Droits de participation de l'acquéreur des prestations

¹ Les conventions définissent les droits de participation aux décisions et à la mise en œuvre de l'acquéreur des prestations. Il convient de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour l'exercice desdits droits.

² Certaines décisions peuvent exiger une majorité qualifiée. On l'envisagera notamment pour protéger les cantons qui participent au financement de certaines institutions. Il convient de tenir compte de l'autonomie desdites institutions.

Conclusion

L'option A est simple et claire. Elle permet d'introduire dans la version commentée de l'ACI du 7 octobre 2021 les principaux points traités dans les explications sur les droits de participation. La collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges est un élément indissociable de la démocratie ; aussi le rôle des parlements cantonaux doit-il être traité de manière plus explicite. Compléter les commentaires relatifs aux domaines mentionnés dans l'option A leur donnerait un poids considérable par rapport aux commentaires des autres articles. Cette tâche pourrait être confiée à l'Assemblée plénière CdC.

Le guide – option B – serait l'occasion de présenter sous une forme condensée des informations clés sur les droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, en y intégrant les résultats de l'atelier du 13 juin 2022. On pourrait aussi mentionner l'importance des parlements cantonaux. Le guide pourrait se traduire par une meilleure compréhension desdits droits. La participation est un élément déterminant du principe de l'équivalence fiscale. Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État devrait également décider de cette prestation. Par conséquent, la participation n'est pas seulement un « droit » auquel on peut renoncer, elle est aussi une contribution importante au fonctionnement de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Ce guide pourrait être adopté par l'Assemblée plénière CdC.

L'option C serait l'occasion d'ajouter au texte de l'ACI d'importants éléments concernant la participation aux décisions et à la mise en œuvre dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, en complétant les articles 12 et 22 ACI. L'art. 2 ACI pourrait contenir une remarque générale sur le caractère déterminant des droits de participation pour la bonne marche de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. On pourrait renoncer à une révision de l'art. 4 dans la mesure où le respect de l'autonomie des cantons doit être respecté lors de la participation des parlements.

Modifier le texte de l'ACI nécessiterait l'organisation d'un processus décisionnel impliquant un investissement relativement élevé, auquel tous les parlements cantonaux seraient associés.

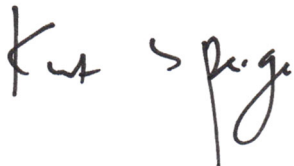
L'option C pourrait être combinée avec l'option A ou B.

Retenir l'option B permettrait de réviser également les commentaires de l'ACI. L'auteur estime qu'il faudrait dans ce cas supprimer la mention « à l'exploitation courante » en commentaire de l'art. 22 ACI. On pourrait y préciser que le « droit de participation partiel » peut être compris comme un droit d'audition ou un droit de proposition. Dans le cas de l'acquisition de prestations, les conventions vont la plupart du temps bien au-delà du « droit de participation partiel ».

En conclusion, l'auteur recommande l'élaboration d'un guide (option B), qui améliorerait la compréhension des droits de participation dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

Il incombera aux instances compétentes de la CdC de choisir l'une ou l'autre option, en tenant compte des résultats de l'analyse séparée des indemnités versées en vertu de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, ceci afin de dégager une vision d'ensemble.

Berne, le 22 août 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kurt Nuspliger'.

Kurt Nuspliger, professeur et docteur en droit

Annexes

Annexe 1

Liste des personnes contactées

Dr. Rolf Bereuter, Leiter des Amtes für Hochschulen, Bildungsdepartement des Kantons St. Gallen

Daniela Pedinelli Stotz, stellvertretende Vorsteherin des Amtes für Hochschulen des Kantons Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern

Dr. Madeleine Herzog, Leiterin der Fachstelle Kultur, Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich

Joe Keel, lic. iur., Rechtsanwalt, Konkordatssekretär des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats, St. Gallen

Andreas Michel, Generalsekretär der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern

Didier Leyvraz, adjoint juridique, Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales

Thomas Schuler, Fachbereichsleiter Behindertenpolitik, Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren

Annexe 2

Liste des personnes ayant participé à l'atelier du 13 juin 2022

Kurt Nuspliger, expert (direction)

Thomas Minger, secrétaire général suppléant CdC (animation)

Alexander Jungo, responsable RPT, CdC (animation)

Julia Stadler, collaboratrice scientifique, CdC (procès-verbal)

Christine Winkelmann, collaboratrice scientifique, CdC (procès-verbal)

Tobias Beljean, Senior Consultant, Bolz&Partner AG

Andreas Bühlmann, Chef Amt für Finanzen, Finanzdepartement, SO

Karin Christen, wiss. Mitarbeiterin, Departement für Finanzen und Ressourcen, AG

Olivier Fiumelli, secrétaire général adjoint, dép. finances et ressources humaines, GE

Lukas Guyer, Leiter Finanzen und Informatik, Bildungsdirektion, ZH

Alexander Haus, Abteilungsleiter Gemeindefinanzen, Finanzdepartement, ZH

Heinrich Furrer, Leiter Abteilung Dienste, Finanzdirektion, UR

Beat Hensler, bisheriger Generalsekretär, ZRK

Francis Kaeser, Leiter Koordinationsbereich Finanzierung, EDK

Arnaud Lecoultré, manager des risques, service financier, dép. finances et santé, NE

Anthony Logatto, économiste, service financier, dép. finances et santé, NE
Thomas Lötscher, Generalsekretär der Finanzdirektion, ZG
Steve Perritaz, chef de service adjoint, administration des finances, dir. des finances, FR
Erwin Roos, Spezialaufträge und Projekte, Gesundheits- und Sozialdepartement, LU
Andreas Schiesser, Finanzverwalter, Departement Finanzen und Gesundheit, GL
Corinne Troxler, neue Generalsekretärin, ZRK
Vimal Vignaraja, Fachbereichsleiter Bundesgeschäfte, Finanzdepartement ZH
Patrick von Dach, Departementssekretär, Bildungsdepartement, SZ
Gaëlle Wolters, économiste, dép. des finances et des ressources humaines, GE
Werner Weber, stellvertretender Leiter des Bereichs
Finanzpolitik/Finanzausgleich/Finanzstatistik FP bei der eidgenössischen Finanzverwaltung

Annexe 3

Procès-verbal

Atelier du 13 juin 2022

1. Partie 1 : Discussion générale en plénum

Différents contextes selon le domaine

Les thèses doivent préciser que la participation ne peut pas être réglée de la même manière dans les différents domaines. La réglementation est au plus simple lorsque l'accomplissement d'une tâche repose sur une planification commune dès le début. Mais ce n'est souvent pas le cas, notamment dans le domaine de la culture, où il est d'usage qu'une offre soit créée par un seul canton. Ce n'est que lorsqu'elle existe et qu'elle coûte cher que l'on recherche des cofinanceurs, lesquels n'ont alors plus beaucoup de marge de manœuvre.

Les exemples cités dans les thèses (AIU, CIIS, exécution des peines) ne peuvent pas être transférés arbitrairement à d'autres domaines, comme à celui de la culture. C'est une réalité dont il faut tenir compte pour définir la situation visée sur la base des trois domaines cités.

La culture est un domaine complexe car le financement n'a aucun impact sur qui peut utiliser une offre. Les prix des billets des institutions culturelles ne dépendent pas du fait de savoir si le canton site a participé au financement (« billets pour la population locale »). Les cantons ne sont donc pas contraints de participer au financement. Le fonctionnement n'est pas le même dans le domaine de l'exécution des peines.

Si le domaine de la culture est complexe, il n'en devient pas pour autant déterminant, contrairement à d'autres domaines, et n'est donc pas susceptible de remettre en question toute la collaboration intercantonale.

Thèse 1 : Maxime

« Compenser de manière équitable [...] en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre » : l'expression « adéquate » est large. Elle ne peut pas être définie de manière uniforme pour tous les domaines ; d'où la nécessité d'une décision au cas par cas.

Thèse 2 : Organisme responsable commun et acquisition de prestations

Pondération « exceptionnelle » en fonction des engagements financiers respectifs : pourquoi « exceptionnelle » ? La pondération ne devrait-elle pas être définie en fonction de la participation financière ?

Les petits cantons estiment que l'emploi du terme « exceptionnelle » est justifié car ils n'auraient sinon jamais voix au chapitre.

Il faut un équilibre entre les grands et les petits cantons. Il suffit de penser aux deux Chambres fédérales. Les grands cantons ne doivent pas non plus être lésés si ce sont eux qui fournissent la plus forte contribution. Les quorums peuvent être une solution.

Thèse 3 : Participation

Dans le cas de la compensation des charges culturelles, certains cantons renoncent volontairement à leurs droits de participation car ils en attendent peu (« nous serions de toute manière mis en minorité ») et voient, dans le même temps, leur responsabilité financière réduite s'ils n'exercent pas leurs droits de participation (« on ne paie pas autant si on n'a pas notre mot à dire »). L'inconvénient pour les cantons fournisseurs est le manque de fiabilité. Il est tout à fait envisageable qu'un canton qui ne participe pas à la convention ne veuille plus payer l'année suivante.

Thèse 9 : Rôle des organes de direction

La distinction entre les questions stratégiques et les questions opérationnelles est judicieuse. La participation est plus difficile au niveau opérationnel, surtout lorsque le canton site ne fournit pas la prestation. Dans ce cas, la participation opérationnelle n'est pas toujours recommandée car elle ralentit les processus.

2. Partie 2 : Discussion approfondie (groupes)

Les thèses reçoivent globalement un bon accueil.

Thèse 3 : Participation

Groupe A :

Il est impossible de soutenir le lien établi entre la participation et la rentabilité de la production des prestations tel que formulé de manière absolue dans la présente thèse. La participation peut compliquer le système et conduire à des processus non rentables, surtout au niveau opérationnel. C'est d'ailleurs ce qui est exprimé dans la thèse 9.

La participation peut être un moyen de parvenir à la rentabilité de la fourniture des prestations si elle a lieu au bon niveau. Tout le monde ne peut pas débattre de la programmation du *Schauspielhaus* de Zurich, mais si elle n'est pas bonne, cela peut être une raison de discuter le moment venu.

Les cantons n'ont pas tous les mêmes besoins, même lorsqu'il s'agit des tâches obligatoirement assumées par l'État. Le choix porte souvent sur des solutions dont les plus petits cantons n'ont pas forcément besoin. Mais comme ils paient moins que les grands cantons, ils finissent par accepter la solution même si elle est surdimensionnée (« c'est vrai qu'on n'en a pas besoin, mais cela ne nous coûte pas si cher que ça. »). Une solution peut être rentable d'un point de vue global, mais pas nécessairement pour un canton pris isolément.

« L'exercice des droits de participation vise une prestation sur mesure » : cela est vrai si le critère de référence est la population de tous les cantons concernés. Mais cela peut ne pas être le cas de la population d'un canton pris isolément (exemples : IPH : dans le canton OW, il y a peu de manifestations, il n'est donc pas nécessaire que la police suive une formation poussée en la matière ; le canton BL s'intéresse quant à lui peu aux connaissances sur les avalanches.)

Les « clients » ne sont pas toujours les cantons ; il peut aussi s'agir de particuliers. Il n'est dans ce cas pas nécessaire d'établir un lien contraignant entre la participation des cantons et les « besoins des clients ». Un canton n'a peut-être aucun intérêt à avoir des chercheurs en sciences humaines, mais cela ne signifie pas que ses habitants ne sont pas intéressés par ces filières.

« Compenser de manière équitable [...] en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre » : les cantons collaborent parce qu'ils y voient un sens. Les grands cantons ont plus de moyens et se chargent dans certains cas de travaux liminaires dont les petits cantons profitent ensuite. Ils doivent en contrepartie accepter de ne pas être consultés pour le moindre détail. Au final, chaque canton doit y trouver son compte, sinon il ne participerait pas. Il n'en reste pas moins que les petits cantons doivent eux aussi avoir la possibilité de participer.

Une participation réduite des petits cantons peut sembler contradictoire lorsqu'il s'agit de développer quelque chose en commun. Cette thèse reste un idéal, elle ne correspond pas toujours à la réalité et ne doit pas non plus être recherchée à tout prix.

L'obligation de participer ne doit pas être comprise comme une obligation légale, mais plutôt comme une obligation morale (à l'instar de la participation aux élections et aux votations dans une démocratie).

Groupe B :

Il est rappelé que la participation devrait être mise en exergue, en particulier sur le plan financier. Il faudrait aborder cette question de manière plus explicite dans la thèse.

On peut envisager une obligation de participer, mais uniquement au niveau de la convention. Il faut donc préciser le dernier paragraphe.

Thèse 4 : Des solutions sur mesure

Groupe B :

« Dans le cas de l'acquisition de prestations, les conventions vont en général bien au-delà du 'droit de participation partiel' » : qu'entend-on par là ? Il convient de préciser cette phrase.

Thèse 5 : La participation tout au long du processus

Groupe A :

La thèse 5 contredit la thèse 9 dès lors que la mise en œuvre vise l'échelon opérationnel. La participation aux décisions doit avoir lieu avant tout au niveau de la convention, et pas au niveau opérationnel ou de la mise en œuvre.

Distinction entre « mise en œuvre » et « exécution » pour séparer les échelons les uns des autres ?

Il n'est pas toujours aisé de savoir quand associer les autres cantons : faut-il les associer dès le départ ou passer d'abord par les différents processus intracantonaux ? On observe ici un conflit d'intérêts entre les acteurs des différents cantons (qui ne sont pas satisfaits si on décide sans les prendre en compte) et la collaboration intercantonale.

Les parlements cantonaux n'apprécient pas les concordats, car ils court-circuitent leur droit de participation aux décisions. Les concordats ont déjà été établis lorsqu'ils sont soumis au parlement, qui ne peut qu'approuver ou rejeter le document.

« La participation [...] au tout début du processus dont on ne connaît pas encore les tenants et les aboutissants » : ce n'est pas toujours réaliste. Il est parfois plus facile de disposer déjà d'une proposition que l'on peut discuter. Souvent, la collaboration intercantonale ne porte pas sur de nouveaux projets, mais sur des domaines dans lesquels une collaboration a déjà eu lieu (universités, par ex.), et il existe déjà une base.

Groupe B :

En ce qui concerne cette thèse, on ne sait pas à quel niveau on se situe : à celui de la convention ou au stade qui suit la fourniture de la prestation ? Cette distinction n'est pas claire dans les différentes thèses. Il faudrait préciser qu'il ne s'agit pas du niveau opérationnel.

« Décider quelles prestations seront achetées et à quel prix, ou définir la forme de l'organisme responsable commun, exige la participation de l'ensemble des partenaires dès le début. » Cette phrase est remise en question. La thèse signifie-t-elle que la participation doit commencer dès la mise en place des infrastructures ? Si cela avait été le cas, le KKL aurait-il vu le jour ? Il convient de préciser ce que l'on entend par « dès le début »

Thèse 6 : Transparence totale

Groupe A :

La participation n'est effective que dans le cadre des conventions, mais pas pour les offres isolées (CIIS par ex. : si un canton place quelqu'un dans une institution, il ne décide pas du prix). Les offres coûtent souvent cher, d'où la nécessité d'introduire une plus grande transparence.

Les prestations doivent être modulables. Les cantons se distinguent par leur taille et leurs besoins. Ils ne devraient donc acheter que ce dont ils ont besoin ; or ce n'est pas toujours le cas. Nous sommes en bonne voie en matière de transparence ; d'où l'idée de prestations modulables.

Groupe B :

La transparence totale est très importante, en particulier la transparence des coûts. Les conventions doivent faire toute la transparence sur les modalités de financement. Il n'y a actuellement aucune harmonisation du calcul des coûts et des prestations. Il faudrait donc

examiner la possibilité d'inscrire des principes fondamentaux de facturation dans l'ACI. La faisabilité de cette harmonisation est remise en question, en raison des importantes disparités entre les différents domaines. Enfin, les prix sont souvent fixés au cas par cas, sur la base de négociations politiques.

La transparence totale est également nécessaire pour les processus de décision, qui sont souvent considérés comme une « boîte noire ». En adhérant à un concordat, les cantons renoncent à une partie de leur autonomie. Il est donc important d'introduire aussi la transparence des processus décisionnels. Ce point doit ressortir plus clairement de la thèse 6.

Thèse 7 : Décisions prises à la majorité qualifiée

Groupe A :

La majorité qualifiée n'est pas synonyme de pondération plus élevée des grands cantons, laquelle est plus problématique. On peut comprendre la majorité qualifiée comme un moyen de protéger les cantons sites. Une autre possibilité serait le quorum double (« au moins une moitié de x et au moins une moitié de y »). Mais cela peut rapidement se révéler compliqué.

Il est important que cette thèse définisse les différentes possibilités, sur la base desquelles seront proposés des modèles entre lesquels il faudra choisir au cas par cas.

Thèse 8 : Acteurs / Thèse 9 : Rôle des organes de direction

Groupe A :

La distinction stratégique/opérationnel est-elle équivalente à celle opérée entre gouvernement et administration ? Les gouvernements ne fonctionnent pas tous de la même manière ; dans les plus petits cantons, le gouvernement est souvent impliqué dans les tâches opérationnelles.

Groupe B :

Il est suggéré de faire une distinction plus explicite entre les échelons stratégique et opérationnel. La participation au sens strict du terme ne se justifie pas vraiment au niveau opérationnel, car trop exigeante.

La primauté de la politique est-elle suffisamment vécue à l'échelon politique ? Dans la pratique, la stratégie est souvent élaborée à l'échelon technique avant d'être approuvée par l'échelon politique.

Thèse 10 : Rôle des organes spécialisés

Groupe B :

Certains cantons ont l'impression que les jalons sont posés par les conférences techniques (domaine social, santé), au niveau national également.

Ils sont longtemps tenus à l'écart des discussions menées au niveau sectoriel et lorsqu'ils sont informés, le résultat des négociations est déjà connu. Cela ne facilite ni la participation ni l'adhésion politique.

Thèse 13 : Communication politique

Groupe A :

Il ressort du rapport sur le monitoring du fédéralisme (Fondation ch) que le fédéralisme a un problème d'image, d'où l'intérêt de souligner les aspects positifs et les succès de la collaboration intercantonale. D'aucuns seraient ainsi peut-être plus susceptibles de

participer aux conventions intercantionales (pour la compensation des charges culturelles par ex.).

Les concordats n'ont pas bonne presse au sein des parlements. Il est donc difficile de mettre en avant leurs avantages.

Il est évident qu'il faut communiquer, surtout sur ce qui fonctionne bien. Mais cela devrait aller de soi. Il n'est pas nécessaire de développer une thèse, surtout si elle ne s'intègre pas dans le dispositif.

La thèse 13 n'est peut-être pas une thèse à proprement parler, mais plutôt une sorte de conclusion.

Groupe B :

Il est particulièrement important de communiquer sur l'ACI. Les cantons doivent expliquer à leur population pourquoi ils sont prêts à céder une part de leur autonomie.

« L'exercice des droits de participation améliore l'offre de prestations » : aucune donnée empirique n'étaye cette affirmation. Il convient donc de faire montre de retenue dans la communication et de consentir davantage d'efforts pour apporter la preuve de l'efficacité de l'ACI.