

L'interprétation et la mise en oeuvre de l'art. 163 al. 2 de la Constitution vaudoise

Avis de droit no 2

Andreas Auer
Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève

avril 2004

Introduction

1. Par courriels du 9 et du 18 mars 2004, le Conseil d'Etat du canton de Vaud m'a demandé un avis de droit portant sur diverses questions relatives à l'interprétation à la mise en œuvre de l'art. 163 al. 2 de la Constitution vaudoise du 14 avril 2003 (Cst/VD). Fort nombreuses et parfois un peu répétitives, ces questions peuvent être résumées comme il suit :

1. L'article 163 al. 2 Cst/VD est-il directement applicable ?
2. Les charges découlant de l'accomplissement de mandats figurant dans la Constitution sont-elles « nouvelles » ?
3. Les charges reportées par la Confédération sur les cantons sont-elles « nouvelles » ?
4. Le financement d'un projet de loi entraînant des charges nouvelles peut-il être assuré par le biais du programme de législature ou de la planification financière ?
5. Les mesures compensatoires proposées doivent-elles avoir un effet immédiat sur l'équilibre budgétaire ou l'art. 163 Cst/VD permet-il d'échelonner l'effet de ces mesures sur plusieurs exercices ?
6. Faut-il y inclure les amortissements et les charges d'intérêts dans les dépenses d'investissement soumises à l'art. 163 al. 2 Cst/VD ?
7. Quelle est la sanction si le Conseil d'Etat ne respecte pas l'obligation que lui impose l'article 163 Cst/VD ?
8. Le dispositif de mise en œuvre de l'article 163 Cst/VD, prévu par le projet de loi sur les finances, est-il conforme à la Constitution ?

2. Le présent avis de droit fait suite à celui, rendu le 29 juillet 2003 sur « l'interprétation et la mise en œuvre de l'art. 163 al. 2 de la Constitution vaudoise » (ci-après avis 1), auquel il se réfère dans la mesure utile.

I L'applicabilité directe de l'art. 163 al. 2 Cst/VD

3. En droit public suisse, la notion d'applicabilité directe désigne traditionnellement des normes conventionnelles (traités internationaux, conventions intercantionales) qui sont suffisamment déterminées et précises pour créer des droits ou imposer des obligations à des particuliers et qui peuvent dès lors servir de source et de référence directe à une autorité judiciaire pour trancher un litige concret¹. Le législateur fédéral l'a fait sienne pour définir, dans la loi sur le parlement du 13 décembre 2002, la notion de « règle de droit »², à laquelle la Constitution fédérale du 19 avril 1999 (Cst.) se réfère à plusieurs reprises (art. 163 et 164). Ce faisant, il a voulu exprimer l'idée que « les mesures, directives et autres lignes directrices internes à l'administration » sont dépourvues de caractère législatif³.

4. Telle qu'elle est évoquée dans la première question qui m'a été soumise, la notion d'applicabilité directe revêt un sens différent. Elle doit se rapporter à la nécessité, ou à l'absence de nécessité, de la mise en œuvre législative de la règle posée à l'art. 163 al. 2 Cst/VD : le Conseil d'Etat doit-il se conformer à l'obligation que lui impose cette règle sans attendre l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi sur les finances, ou l'adoption de cette loi est-elle une condition de l'applicabilité de la règle ?

5. La réponse ne peut pas faire de doute. A la différence de bien d'autres dispositions de la nouvelle Constitution vaudoise, y compris dans le régime des finances⁴, l'art. 163 al. 2 n'opère pas de renvoi explicite au législateur. Un tel renvoi ne peut pas non plus être déduit implicitement de cette disposition. D'après sa lettre claire, cette disposition contraint le Conseil d'Etat, avant de présenter tout projet de loi ou de décret entraînant des charges nouvelles, de s'assurer de leur financement

¹ DANIEL WÜGER, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in : COTTIER/ACHERMANN/WÜGER/ZELLWEGER, Der Staatsvertrag im schweizerischen Recht, Berne 2001 93-250 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I L'Etat, Berne 2000 no 1282-1285 ; ATF 126 I 240 A. ; 124 II 90, 92. X.

² Art. 22 al. 4 LParl ; RS 171.10.

³ FF 2001 3370 ; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004 552.

et de proposer, le cas échéant, les mesures fiscales ou compensatoires nécessaires. Même si sa portée suscite mainte interrogation, comme en témoignent les discussions au sein de l'administration et les demandes d'avis de droit y relatifs, cette disposition n'a pas besoin d'être concrétisée par le législateur pour devoir être appliquée par son destinataire, à savoir le Conseil d'Etat. Elle est dès lors directement applicable.

6. Il s'ensuit que l'adoption de la loi sur les finances ne constitue pas une condition pour que le Conseil d'Etat soit tenu de respecter la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD, à chaque fois qu'il soumet au Grand Conseil un projet de loi ou de décret qui entraîne des charges nouvelles.

II Les charges liées à l'accomplissement de mandats figurant dans la Constitution sont-elles « nouvelles » ?

7. La Constitution vaudoise institue notamment une Cour constitutionnelle, comme nouvelle section du Tribunal cantonal (art. 136). Elle crée une nouvelle instance financière, la Cour des comptes (art. 166). Elle charge par ailleurs l'Etat de veiller à ce que chaque famille puisse bénéficier des prestations minimales en matières d'allocations familiales (art. 63 al. 1). Elle l'oblige à mettre en place un dispositif d'assurance-maternité cantonale, en l'absence d'une assurance-maternité fédérale (art. 164 al. 1). Elle confère à l'Etat bien d'autres mandats encore, par exemple dans les domaines du logement (art. 67), de l'intégration des étrangers (art. 68), de l'aide humanitaire (art. 71), etc.

8. Dans la mesure où l'accomplissement de ces tâches, qu'elles soient institutionnelles, sociales, culturelles ou autres, se traduit inévitablement par des charges, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être considérées comme nouvelles au sens de l'art. 163 al. 2 Cst/VD. En d'autres termes, le Conseil d'Etat, lorsqu'il propose au Grand Conseil les lois concrétisant les différents mandats

⁴ Voir par exemple les articles 122, 162 al. 1^{er}, 167, 168 Cst/VD.

constitutionnels, est-il tenu de s'assurer du financement de charges qui en résultent, le cas échéant au moyen des mesures fiscales ou compensatoires nécessaires ?

9. Les mandats figurant dans la Constitution s'adressent en premier lieu au Grand Conseil, qui est chargé d'adopter les lois et les décrets (art. 103 Cst/VD). Ainsi le veut d'ailleurs le principe de la légalité, consacré de façon générale à l'art. 7 Cst/VD et, pour ce qui est des dépenses, à l'art. 161 Cst/VD. Le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil les projets soumis à sa délibération (art. 120 al. 1 Cst/VD). Il est vrai que l'initiative législative appartient également aux députés, aux groupes, aux commissions parlementaires (art. 111 al. 1 Cst/VD), ainsi qu'au peuple (art. 78 let. b Cst/VD), qui ne sont pas liés par la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD (avis 1 no 9, 16, 26 43). Mais en tant qu'autorité exécutive supérieure du canton (art. 112 Cst/VD), le Conseil d'Etat doit sans doute assumer la responsabilité principale pour élaborer les projets de lois et de décrets qui mettent en œuvre les mandats que la Constitution confère à l'Etat. Ces projets sont donc en quelque sorte les siens.

10. L'art. 163 al. 2 Cst/VD impose l'obligation de couverture financière à « tout projet de loi ou de décret » émanant du Conseil d'Etat qui entraîne des charges nouvelles. Peu importe dès lors, en principe, qu'un projet déterminé soit élaboré en vertu d'un mandat constitutionnel – général ou précis, ancien ou nouveau – ou qu'il soit issu de la seule volonté politique du pouvoir exécutif. L'essentiel est qu'il est présenté par le Conseil d'Etat – et qu'il entraîne des charges nouvelles.

11. Il faut donc examiner si une charge résultant de l'exécution d'un mandat constitutionnel est « nouvelle » au sens de l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

12. Aux termes de l'art. 6 du projet de loi sur les finances (ci-après PLF), une charge est nouvelle « si elle ne porte pas sur les frais indispensables à l'exécution d'une tâche publique (let. a) et si son principe, son ampleur et le moment auquel elle doit être engagée ne sont pas prévus par une loi ou par un décret et n'étaient pas prévisibles lors de l'adoption de la loi ou du décret qui lui sert de base légale (let. b) ». La conjonction « et », qui relie les lettres a) et b), et qui sépare en deux parties la

lettre b), repose probablement sur une inadvertance : il doit suffire que l'une des trois conditions soit remplie (ou pas remplie), pour que l'on soit en présence d'une dépense nouvelle (ou liée). Le commentaire y relatif va d'ailleurs dans ce sens⁵. Sous cette réserve, la définition se recouvre avec celle, classique, que l'on retrouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et dans la doctrine portant sur les notions de dépenses nouvelles et liées dans le domaine du référendum financier cantonal (avis 1 no 27).

13. La définition précitée a pour conséquence que la réponse à la question posée ne peut être que nuancée. S'il s'avère que les charges liées à l'exécution d'un mandat constitutionnel sont indispensables à l'accomplissement d'une tâche publique, ou si le mandat détermine à la fois le principe et l'ampleur de ces charges, ainsi que le moment où elles doivent être engagées, l'art. 163 al. 2 Cst/VD ne s'applique pas. En revanche, si l'exécution du mandat laisse à l'Etat une latitude de décision relativement importante (erheblicher Entscheidungsspielraum), soit en ce qui concerne le « si », soit en ce qui concerne le « comment », soit encore en ce qui concerne le « quand » de la dépense en résultant, celle-ci doit être considérée comme « nouvelle », ce qui déclenche le mécanisme institué par l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

14. Par conséquent, il convient d'analyser chaque mandat constitutionnel à la lumière de ces principes et sur la base de la casuistique établie à ce sujet par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶, pour déterminer si les charges qu'il entraîne tombent dans l'une ou l'autre catégorie.

15. Lorsque le mandat porte sur la création d'une nouvelle institution, comme la Cour constitutionnelle ou la Cour des comptes, dont le nombre des membres et les tâches sont fixés de façon impérative par la Constitution, la condition définie à l'art. 6 let. a PLF devra être considérée comme étant remplie, du moins en ce qui concerne le traitement du personnel. Il s'agit sans doute d'une « tâche publique », et les frais

⁵ EMPL p. 43

y relatifs sont « indispensables à l'exécution » de celle-ci. Ils apparaîtront dès lors comme liés, de sorte que le Conseil d'Etat ne sera pas tenu de s'assurer de leur financement. S'il s'agit en revanche de transformer un bâtiment ou d'en acquérir un nouveau, pour créer les places de travail pour le personnel de ces institutions, on sera plutôt en présence d'une dépense nouvelle⁷, et la règle d'art. 163 al. 2 Cst/VD devra s'appliquer.

16. Seront généralement nouvelles aussi les dépenses résultant d'un mandat constitutionnel matériel, par exemple la mise sur pied d'une assurance-maternité, ou la détermination du montant des prestations minimales en matière d'allocation familiales, car le législateur disposera sans doute à ce sujet d'une marge de manœuvre relativement importante. Il conviendra donc que le Conseil d'Etat propose, le cas échéant, les mesures fiscales ou compensatoires nécessaires au financement de ces dépenses.

17. En résumé, pour chaque mandat constitutionnel qu'il s'apprête à exécuter au moyen d'un projet de loi ou de décret, le Conseil d'Etat devra déterminer si et dans quelle mesure les dépenses y relatives sont liées ou nouvelles, et adapter l'application de la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD en fonction de cette détermination.

III Les charges reportées par la Confédération sur les cantons sont-elles « nouvelles » ?

18. A défaut d'exemples concrets de tels reports de la Confédération sur les cantons, il est difficile de répondre à cette question. Deux événements actuels peuvent permettre d'illustrer la problématique :

⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, (note 1) no 839/840 ; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004 644.

⁷ ZBI. 1979 120 ; ATF 106 Ia 383, 385.

19. Si le peuple, lors de la votation populaire du 16 mai 2004, accepte le « paquet financier », soit la loi fédérale du 20 juin 2003⁸, les cantons subiront selon toute vraisemblance des pertes fiscales considérables, notamment parce que la loi fédérale leur impose des déductions substantielles dans l'imposition du couple, de la famille et du logement. Pour compenser ces pertes, les cantons seront placés devant l'alternative désagréable de devoir ou bien réduire certaines prestations – par exemple augmenter les effectifs des classes scolaires, fermer des hôpitaux ou réduire les dépenses pour le trafic régional – ou bien augmenter les impôts et les taxes cantonaux et communaux⁹. Peut-être même que les deux types de mesures devront être pris en parallèle. Comme la réduction des prestations des pouvoirs publics se traduira par une diminution des charges, les projets de loi que le Conseil d'Etat sera amené à soumettre au parlement à cet égard ne tomberont pas sous le coup de l'art. 163 al. 2 Cst./VD. Quant à l'augmentation des impôts et des taxes, elle créera des recettes et non des dépenses, de sorte que cette disposition ne s'appliquera pas non plus.

20. L'arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, du 3 octobre 2003 (RPT)¹⁰, confère toute une série de nouvelles responsabilités aux cantons. Ainsi par exemple, le nouvel art. 62 al. 3 Cst. oblige ces derniers à pourvoir « à une formation spéciale suffisante pour les enfants et les adolescents handicapés, au plus tard jusqu'à leur 20^e anniversaire ». Les charges qui en résulteront devront sans doute être considérées comme nouvelles au sens de l'art. 163 al. 2 Cst.VD, dans la mesure où le canton jouira d'une importante marge de manœuvre pour ce qui est des modalités de cette formation.

21. En d'autres termes, il n'y a pas d'autre solution que d'examiner, ici aussi, en détail, si et dans quelle mesure les dépenses occasionnées par ces reports sont nouvelles au sens de la jurisprudence précitée. Pour ce qui est de l'attribution de

⁸ FF 2003 4042.

⁹ Voir la prise de position des 11 cantons référendaires, NZZ du 19 mars 2004.

¹⁰ FF 2003 6035.

nouvelles tâches aux cantons dans le cadre de la RPT, on peut craindre qu'il faille partir du principe que les charges en résultant seront nouvelles, et que, dès lors, le mécanisme prévu à l'art. 162 al. 3 Cst/VD devra être observé par le Conseil d'Etat.

IV Le financement d'un projet de loi entraînant des charges nouvelles peut-il être assuré par le biais du programme de législature ou de la planification financière ?

22. C'est sans doute la question centrale, et probablement la plus délicate, parmi toutes celles qui m'ont été posées dans le cadre du présent mandat. Il s'agit de rechercher et, au besoin, d'établir une coordination appropriée entre les instruments du programme de législature et de la planification financière, d'une part, et le mécanisme institué par l'art. 163 al. 2 Cst/VD, d'autre part.

23. Que dit la Constitution à ce sujet ? L'art. 119 prévoit que le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil un programme de législature définissant ses objectifs et les moyens pour les atteindre, ainsi que son calendrier (al. 1) ; tous les membres du Conseil d'Etat sont liés par le contenu de ce programme (al. 2), qui peut être amendé en cours de législature (al. 3) et dont la réalisation fait l'objet, chaque année, d'un rapport au Grand Conseil (al. 4). Le Grand Conseil en prend acte (art. 104). Il prend acte aussi, chaque année, de la planification financière à moyen terme, ainsi que du rapport sur l'endettement (art. 105 al. 1). L'art. 163 al. 2 enfin institue l'obligation, pour le Conseil d'Etat, de s'assurer du financement de tout projet de loi ou de décret qu'il présente au Grand Conseil et qui entraîne des charges nouvelles, le cas échéant au moyen de mesures fiscales ou compensatoires nécessaires.

24. A la lecture de ces dispositions, il apparaît d'emblée que le constituant a bel et bien établi un rapport adéquat entre ces deux instruments. Ceux-ci ne se trouvent pas sur un même pied ; ils se situent à un niveau différent de consolidation. Le programme et la planification, comme leur nom l'indique d'ailleurs, sont prospectifs,

stratégiques, conçus pour le moyen terme. L'obligation de financer les charges nouvelles, en revanche, est immédiate et concrète, s'imposant hic et nunc.

25. Si le constituant avait voulu que les moyens prévus dans le programme de législature pour atteindre les objectifs de celui-ci constituent une assurance suffisante pour le financement des charges nouvelles entraînées par un projet de loi soumis au Grand Conseil, on peut penser qu'il aurait pris la peine de le préciser. Il aurait dû alors, par exemple, stipuler que l'obligation de s'assurer du financement des charges nouvelles résultant d'un projet de loi ou de décret ne s'impose au Conseil d'Etat que dans l'hypothèse où ce projet concerne un objet qui ne figure pas, ou seulement en partie, au programme de législature. Ou alors il aurait pu préciser que, lorsque les charges résultant d'un projet de loi sont couvertes par les moyens prévus au programme de législature, elles ne sont pas « nouvelles » au sens de la disposition litigieuse.

26. Au lieu de cela, le constituant a posé la règle, à la fois simple et précise, que l'obligation de s'assurer du financement s'impose au Conseil d'Etat pour « tout projet de loi ou de décret entraînant des charges nouvelles » qu'il soumet au Grand Conseil. L'absence de toute référence, même indirecte, au programme de législature et à la planification financière qui y est liée ne peut pas être interprétée autrement que dans le sens que la règle doit s'appliquer également aux projets réalisant une action prévue dans ce programme.

27. L'exigence de trouver un financement immédiat pour toute charge nouvelle est censée empêcher le déséquilibre budgétaire, ou l'accentuation d'un déséquilibre budgétaire existant, qui en résulterait. Dans cette perspective, on comprend bien que le simple fait qu'une action soit prévue au programme de législature et prise en compte dans la planification financière n'est pas susceptible de produire l'effet budgétaire recherché. Alors que le budget exprime la gestion financière à court terme, la planification financière ne fixe que les orientations stratégiques sur la moyenne durée, sans répondre à toutes les considérations d'ordre opérationnel. Elle se situe à un autre niveau, plus politique, que le budget. Par leur nature, « les

mesures financières du programme de législature ne sont pas spécifiques et concrètement définies. Elles doivent être précisées ultérieurement et font l'objet de négociations entre les parties concernées avant d'être intégrées au budget »¹¹. Même si le Conseil d'Etat est lié par le programme de législature, ce dernier ne peut exprimer qu'un engagement politique, relativement abstrait, de réaliser à moyen terme les actions prévues, par des mesures budgétaires et législatives, qui doivent d'abord être définies, ensuite négociées et finalement votées.

28. Si les soixante actions prévues au programme de législature 2003 – 2007, et les effets financiers qui y sont projetés étaient considérés comme une base suffisante pour assurer le financement des charges nouvelles résultant des projets de loi y relatifs, la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD serait privée de toute portée, ou presque. Elle promettrait une chose – le maintien de l'équilibre budgétaire en cas de dépense nouvelle – qu'elle ne saurait tenir et verrait son champ d'application réduit aux cas où un projet de loi ou de décret porterait sur un objet qui n'est point mentionné au programme de législature.

29. Il y a une différence fondamentale, de nature à la fois politique, financière et juridique, entre un simple chiffre figurant dans une colonne du tableau résumant les effets financiers des actions inscrites au programme de législature¹² et un excédent budgétaire, une mesure fiscale ou une mesure compensatoire. Le premier n'est que virtuel et doit, conformément à l'art. 3 PLF, se traduire par une loi; seuls les seconds dégagent concrètement les moyens permettant de financer une dépense nouvelle. Quand la Constitution oblige le Conseil d'Etat de « s'assurer » du financement des projets de loi entraînant de charges nouvelles, elle dit bien ce qu'elle veut dire : créer (et pas simplement prévoir) une ressource supplémentaire ; effectuer (et pas simplement envisager) une coupure de dépenses. Même contraignants, le programme de législature et la planification financière n'ont ni la portée concrète, ni l'efficacité immédiate qu'exige l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

¹¹ EMPL p. 49.

¹² Programme de législature 2003 – 2007 p. 16

30. Il appert ainsi que les interprétations littérale, systématique et téléologique des normes constitutionnelles en matière des finances conduisent toutes au même résultat, à savoir que le financement d'un projet de loi entraînant des charges nouvelles ne peut pas être assuré par le seul biais du programme de législature ou de la planification financière.

31. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'y a pas nécessairement de contradiction directe entre le programme de législature et la planification financière, d'un côté, et la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD, de l'autre. La seconde peut fort bien concrétiser en quelque sorte la première, la mettre en œuvre. Le projet de loi matérialise une action prévue au programme, la mesure compensatoire concrétise le moyen de financement envisagé. Les deux phases sont nécessaires pour passer des options stratégiques à des normes et décisions concrètes, pour traduire en quelque sorte le futur dans le présent.

32. La contradiction peut toutefois se présenter lorsque le moyen prévu au programme de législature pour en financer une action déterminée se révèle à tout point de vue trop vague pour couvrir une mesure compensatoire déterminée. Ainsi par exemple, la mesure prévue au programme 2003 – 2007 de contenir à un taux de 4% l'augmentation annuelle des dépenses dans le secteur de la formation¹³ ne constitue même pas un frein à la dépense, mais la promesse d'un frein à une augmentation excessive des dépenses. Le jour où le Conseil d'Etat, suite à l'entrée en vigueur de l'art. 62 al. 3 Cst., présentera au Grand Conseil un projet de loi dans le domaine de la formation des enfants handicapés (supra no 20), la mesure compensatoire qu'il sera tenu de soumettre parallèlement au parlement, pour en couvrir les charges, devra bien viser un domaine déterminé et ne pourra point être considérée comme une concrétisation de cette promesse.

33. La contradiction devient en revanche inévitable lorsque le projet de loi émanant du Conseil d'Etat concerne un objet qui ne figure pas dans le programme de législature. Le droit d'initiative législative que lui confère l'art. 120 al. 1 Cst/VD

permet en effet au Conseil d'Etat de proposer au Grand Conseil un projet de loi ou de décret qui n'avait pas été prévu dans ce programme. Si l'on admet cette possibilité – et je ne vois pas en vertu de quelle disposition on pourrait la nier – alors il faut conclure que les mesures fiscales ou compensatoires que le gouvernement est tenu de proposer en même temps que le projet de loi comportant des charges nouvelles vont nécessairement au-delà des moyens prévus au programme de législature. Elles dérangent, elles déstabilisent, elles menacent la cohérence du programme, elles sapent la pertinence de la planification financière. Au vu de la détérioration progressive des finances publiques au plan fédéral et dans la majorité des cantons, et particulièrement dans le canton de Vaud, on peut comprendre que, placé devant l'alternative de préserver à tout prix la cohérence de la planification normative et financière ou d'instituer un mécanisme qui tente d'empêcher le dérapage budgétaire, au risque de perturber la planification financière, le constituant vaudois ait donné la préférence au second terme.

34. La souplesse relative de la planification financière et du programme de législature permet d'ailleurs de faire disparaître la contradiction dans un délai raisonnable. La mesure non prévue parmi les actions du programme de législature devra bien évidemment y être intégrée lors des adaptations dont il peut faire l'objet en cours de législature (art. 119 al. 3 Cst/VD). Quant à la mesure compensatoire votée en même temps, elle devra figurer dans la réactualisation annuelle de la planification financière. A ce sujet, il conviendrait peut-être de compléter l'art. 17 PLF, pour prévoir explicitement que cette réactualisation intègre non seulement les mesures d'assainissement fondées sur l'art. 165 Cst/VD ainsi que les mesures structurelles¹⁴, mais aussi les mesures fiscales ou compensatoires prises en application de l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

35. Je ne puis donc souscrire à la thèse selon laquelle l'application stricte de la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD remettrait en cause le fondement et la raison d'être de la planification financière. Elle l'égratigne peut-être, elle peut même l'amocher un

¹³ Programme de législature 2003 – 2007 p. 15

¹⁴ EMPL p. 49.

peu, mais elle ne l'ébranle pas vraiment. Il se peut même qu'elle la rende plus sympathique, parce qu'elle lui enlève cette prétention d'infaillibilité et de complétude que bon nombre des mesures de planification font miroiter à leurs destinataires et au public.

V Les mesures compensatoires proposées doivent-elles avoir un effet immédiat sur l'équilibre budgétaire ou l'art. 163 Cst/VD permet-il d'échelonner l'effet de ces mesures sur plusieurs exercices ?

36. La logique du mécanisme institué par l'art. 163 al. 2 Cst/VD me semble exiger que les mesures compensatoires aient un effet immédiat sur l'exercice budgétaire en cours. Cette interprétation peut s'appuyer sur la lettre et la finalité de la disposition : l'idée est bien celle d'obliger le Conseil d'Etat à présenter la mesure compensatoire en même temps que le projet de loi entraînant des charges nouvelles, afin que le Grand Conseil puisse en débattre au cours de la même session. L'art. 7 PLF et le commentaire y relatif reprennent, à mon avis fidèlement, cette même idée.

37. Il va de soi que le principe de la simultanéité n'exclut pas un regroupement de plusieurs mesures, qui sont censées, par leurs effets cumulés, financer les charges nouvelles. On peut en effet fort bien imaginer que, pour partie, ce financement soit assuré par un léger excédent budgétaire et, pour le reste, par un désengagement de l'Etat dans un domaine précis, ou encore par plusieurs mesures compensatoires prises dans des domaines différents, etc.

38. En revanche, un échelonnement des mesures compensatoires sur plusieurs exercices budgétaires serait difficilement compatible avec le mécanisme prévu par la disposition litigieuse. Car le rétablissement de l'équilibre budgétaire serait alors différé, ce qui contredirait l'exigence de simultanéité. Cela reviendrait à intégrer la couverture des dépenses nouvelles dans la planification financière à moyen terme. Or cette intégration, qu'elle soit originaire ou successive, est insuffisante au regard de l'art. 163 al. 2 Cst/VD (supra no 24-30).

39. Cela étant, il faut bien reconnaître qu'il est peu probable que les effets comptables de la charge nouvelle et de sa couverture financière se produisent concrètement au même moment. Il se peut que le jour où la dépense nouvelle doit être engagée, la recette nouvelle ou la coupure budgétaire, qui doit la compenser, n'ait pas encore porté ses fruits. L'inverse peut également se produire, à savoir que la réalisation de la dépense soit consécutive à la rentrée fiscale ou à l'économie votée. Peu importe à notre avis : l'essentiel est que le parlement soit saisi, et qu'il traite simultanément, et du projet de loi et de la mesure compensatoire, de façon à ce que l'équilibre budgétaire puisse être maintenu, ou rétabli, au cours du même exercice budgétaire. C'est donc à la fin de cet exercice, soit à la clôture des comptes, que le mécanisme institué par l'art. 163 al. 2 Cst/VD doit atteindre sa finalité.

40. Savoir si, dans les faits et dans les écritures comptables, cette finalité peut effectivement être atteinte est une autre question encore. D'une part, l'on ne saurait exclure que les charges nouvelles s'avèrent, dans la pratique, plus importantes que l'on pouvait le prévoir ; d'autre part, il est fort possible qu'une mesure fiscale votée produise moins de recettes, ou qu'une coupure effectuée réalise moins d'économies que prévu. Les nombreux facteurs conjoncturels et politiques qui sont susceptibles d'influencer, dans un sens ou dans un autre, le résultat de l'exercice financier peuvent bien évidemment aussi remettre en cause les calculs et les prévisions effectués au moment où le Conseil d'Etat applique l'art. 163 al. 2 Cst/VD. Pas plus que la planification financière ou le budget, le mécanisme institué par cette disposition ne peut donc prétendre domestiquer la réalité économique dans toute sa complexité (avis 1 no 13). En ce sens, il ne représente qu'une tentative, un vœu, et ne peut fournir une garantie de résultat. Ce d'autant moins que le Grand Conseil et le peuple, appelés à voter les mesures proposées par le gouvernement, sont libres de les accepter, donc aussi de les refuser ou de les amender (avis 1 no 10, 16, 22).

VI Faut-il y inclure les amortissements et les charges d'intérêts dans les dépenses d'investissement soumises à l'art. 163 al. 2 Cst/VD ?

41. La réponse ne fait pas de doute. Les amortissements et les charges d'intérêts font pleinement partie des dépenses d'investissement. Les premiers expriment la dépréciation que subissent ces investissements suite à leur utilisation, par obsolescence ou en raison du risque qui leur est associé¹⁵. Les seconds représentent le coût de leur financement par emprunt. Les deux constituent les charges financières qui, ajoutées aux charges d'exploitation, déterminent le montant de la dépense d'investissement. Ils devront donc, si celle-ci est nouvelle, être compensés en application de l'art. 163 al. 2 Cst/VD. Le commentaire relatif à l'art. 6 PLF ne s'y trompe pas¹⁶.

42. Si les dépenses d'investissement sont amorties par le compte de fonctionnement (art. 51 PLF), il importe, pour maintenir l'équilibre de ce compte en cas de dépense nouvelle, de prendre en considération les amortissements. Or, l'art. 163 al. 2 Ct/VD a précisément pour but de sauvegarder ou de rétablir cet équilibre. Conformément à ce qui constitue la règle d'or en finances publiques, les amortissements et les intérêts doivent donc être compris dans le calcul du montant de la dépense d'investissement soumise à cette disposition. Cela a peut-être pour effet de renforcer le facteur d'incertitude qui plane sur toute mesure fiscale ou compensatoire (supra no 40). Mais sur le plan des principes, il n'y a guère d'autre solution.

43. Il est vrai que l'art. 165 al. 1 Cst/VD oblige les autorités cantonales à prendre des mesures d'assainissement « si, dans les derniers comptes, les recettes ne couvrent pas les charges avant amortissements ». Le constituant a donc formellement exclu les amortissements du calcul du montant du dépassement des recettes par les charges. L'art. 54 al. 1 PLF reprend la même formule.

44. Mais l'art. 165 Cst/VD ne peut être mis en relation directe avec l'art. 163 al. 2 Cst/VD. Il vise en effet le résultat annuel des comptes et les mesures d'assainissement à prendre en cas de mauvaise situation. Il concerne donc le résultat

¹⁵ Comp. art. 52 PLF.

¹⁶ EMPL p. 43.

agrégé des dépenses héritées du passé et des dépenses nouvelles engagées en cours d'exercice, le tout « dans les derniers comptes », ce qui sous-entend que la réflexion porte sur au moins deux années. Le terme « charges » prévu à l'art. 165 doit par ailleurs probablement être interprété comme excluant les écritures comptables, c'est-à-dire comme « dépenses », de sorte que la règle impose des mesures d'assainissement si les dépenses sans amortissement ni les autres charges dépassent les recettes. C'est l'idée, très vaudoise si j'ai bien compris, du « petit équilibre », soit de la couverture des charges courantes par les recettes courantes¹⁷. En d'autres termes, le compte primaire doit dégager un bénéfice suffisant pour couvrir les intérêts passifs des dettes, mais pas forcément pour amortir.

45. L'art. 163 al. 2 Cst/VD en revanche concerne chaque projet individuel de nouvelle dépense qui va être soumis au Grand Conseil par le Conseil d'Etat. Il peut s'agir d'une dépense de fonctionnement nouvelle, qui s'inscrit pour la première fois dans le budget et qui est destinée à y rester, ou bien un nouvel investissement, qui va se traduire ultérieurement par des charges d'exploitation et des charges financières. Celles-ci doivent donc être comprises dans le coût du nouvel investissement et être compensées selon l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

46. L'art. 163 al. 2 Cst/VD consacre non seulement l'exigence de simultanéité (supra no 36), mais aussi le principe « au coup par coup », qui en découle. Pour chaque projet de loi causant une dépense nouvelle, le Conseil d'Etat doit proposer une couverture financière ciblée : à toute charge nouvelle, sa compensation financière. Ce principe a peut-être quelque chose d'un peu mécanique et même naïf, au vu de la complexité de l'expérience budgétaire moderne et de l'imbrication réciproque des dépenses et des recettes qui la composent. Mais il a l'avantage de la clarté et le mérite de vouloir minimiser le risque d'un déséquilibre budgétaire résultant de montages et de regroupements matériels ou temporels plus ou moins ingénieux, plus ou moins transparents, entre plusieurs dépenses et plusieurs recettes.

¹⁷ Voir le rapport de la commission thématique 2 de la Constituante, du 30 juin 2000, p. 24.

47. Comme pour les mesures compensatoires (supra no 37), un regroupement matériel ou temporel des dépenses nouvelles résultant des amortissements et des intérêts¹⁸ me semble dès lors difficilement compatible avec la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD. Le principe « au coup par coup » doit s'appliquer aussi aux dépenses d'investissement. Pour chaque objet d'investissement, il convient donc de prendre en considération et les effets directs sur le budget de fonctionnement et les charges financières qui en découlent, et calculer la compensation en fonction du montant total. De la même manière, si les effets financiers se rapportant à un objet d'investissement ancien arrivent à terme, la décharge qui en résulte pour le compte de fonctionnement en cause ne peut servir à financer des projets de lois ou de décrets nouveaux, qui entraînent des charges nouvelles, que si elle se traduit effectivement par un excédent budgétaire.

VII Quelle est la sanction si le Conseil d'Etat ne respecte pas l'obligation que lui impose l'article 163 Cst/VD ?

48. Il ne fait pas de doute que l'art. 163 al. 2 Cst/VD pose une règle qui revêt un caractère contraignant pour son destinataire, à savoir le Conseil d'Etat. Ce dernier est tenu de s'assurer du financement des charges nouvelles qu'entraînent les projets de loi ou de décrets qu'il soumet au Grand Conseil.

49. La Constitution ne prévoit pas de sanction directe en cas d'inobservation de cette règle. Il ne s'agit pas pour autant d'une lex imperfecta. Car les organes qui sont saisis d'un projet de loi qui n'indiquerait pas par quelles sources de financement les charges nouvelles qu'il entraîne sont couvertes, et qui ne serait pas, le cas échéant, accompagné des mesures fiscales ou compensatoires nécessaires, trouveront dans

¹⁸ Ce paragraphe répond à la question suivante, figurant dans le courriel du 18 mars 2004 : « dans l'hypothèse où l'on doit tenir compte des amortissements et des charges d'intérêt, faut-il considérer chaque objet pour lui-même, ou le Conseil d'Etat peut-il définir une somme totale annuelle d'investissements et ne compenser les "dépenses nouvelles" générées par les amortissements et les intérêts que si cette somme totale annuelle est supérieure à la somme de l'année précédente? En d'autres termes, les objets d'investissement anciens dont les effets financiers arrivent à terme dans le compte de fonctionnement (objets totalement amortis) libèrent-ils des disponibilités pour des objets nouveaux ? »

cette violation de la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD un juste motif pour retourner le projet à son auteur. La commission parlementaire saisie du projet pourra donc proposer au plénum de refuser d'entrer en matière. On peut même penser que cette sanction procédurale s'impose en principe à la commission parlementaire et au Grand Conseil, en ce sens qu'il leur est interdit, en vertu même de l'art. 163 al. 2 Cst/VD, d'entrer en matière sur un projet souffrant de cette irrégularité. Mais cette obligation n'est que relative.

50. En effet, la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD ne lie juridiquement que le Conseil d'Etat. Elle n'empêche pas les députés, les groupes et les commissions parlementaires, qui jouissent également du droit d'initiative législative (art. 101 al. 1 Cst/VD), de proposer un projet de loi qui entraîne des charges nouvelles sans en prévoir le financement, et elle n'empêche pas le Grand Conseil de voter une telle loi (art. 103 al. 1 Cst/VD ; avis 1 no 9, 16, 22). Si donc la commission parlementaire saisie arrive à la conclusion que la loi proposée par le Conseil d'Etat mérite d'être présentée au plénum, malgré le fait qu'elle entraîne des charges nouvelles et bien que celles-ci ne soient pas couvertes, et si le Grand Conseil finit par la voter, la règle de l'art. 163 al. 2 Cst. est valablement contournée par le recours au droit d'initiative parlementaire et par l'exercice du pouvoir législatif général du Grand Conseil.

51. Il est vrai que l'art. 5 PLF prévoit, de façon générale, que « tout projet de loi, de décret, de règlement ou d'arrêté est analysé au préalable sous l'angle de ses incidences financières à court et à moyen terme sur le compte d'Etat ». Selon le commentaire y relatif, l'analyse des conséquences financières pourra servir, le cas échéant, à identifier le montant à prendre en compte dans la planification financière du Conseil d'Etat et le montant à compenser, s'il s'agit d'un projet comportant des charges nouvelles¹⁹. Mais cette règle ne peut avoir pour effet d'étendre au Grand Conseil l'obligation que l'art. 163 al. 2 Cst. impose au Conseil d'Etat. Pareille extension se heurte en effet à sa lettre, ainsi qu'au principe de la mutabilité des règles.

52. La lettre d'abord : l'art. 5 LF se borne à imposer l'analyse des incidences financières des actes qu'il énumère. Il ne dit pas que ces actes ne peuvent être valablement adoptés dans l'hypothèse où ils entraînent des charges nouvelles. A la différence de l'art. 163 al. 2 Cst/VD, il n'oblige pas formellement les auteurs de ces actes à s'assurer du financement de ces charges, le cas échéant par le biais de mesures fiscales ou compensatoires.

53. Le principe de la mutabilité des règles ensuite : on peut certes considérer qu'en adoptant l'art. 5 PLF, le législateur aura voulu limiter son propre pouvoir législatif, en promettant en quelque sorte de ne pas voter de loi comportant des charges nouvelles sans en prévoir le financement approprié. Mais le législateur d'aujourd'hui ne peut lier le législateur de demain : en vertu du principe de la mutabilité des règles, une loi nouvelle peut contredire une loi ancienne, sans même la modifier formellement²⁰. Rien n'empêche donc en droit le Grand Conseil de voter, en dépit de l'art. 5 PLF, une loi entraînant des charges nouvelles sans en prévoir le financement. En d'autres termes, en limitant à l'art. 5 LF son propre pouvoir législatif, le législateur vaudois ne s'engagerait à rien²¹.

54. En un sens, la seule sanction prévue en cas de non-respect de la règle de l'art. 163 al. 2 Cst/VD est celle de l'art. 165 Cst/VD. Mais il faut bien reconnaître qu'elle n'est qu'indirecte et, au surplus, différée dans le temps. Si les dépenses nouvelles selon l'art. 163, ajoutées aux dépenses héritées du passé, dépassent les recettes, sur au moins deux années, des mesures d'assainissement doivent être prises. Même si l'on ne peut guère comparer cette exigence avec celle résultant de l'art. 163 Cst/VD (supra no 44), il n'est pas exclu que l'inobservation de cette disposition puisse contribuer à provoquer une rupture du « petit équilibre » sanctionnée par l'art. 165 Cst/VD.

¹⁹ EMPL p. 42/43.

²⁰ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, La hiérarchie des règles, RDS 1974 II 193, 208 .

²¹ L'art. 6 de la loi fédérale du 23 mars 1962 sur les rapports entre les Conseils posait le même problème, voir Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, art. 89 al. 1 no 5, 11 (1987)

VIII Le dispositif de mise en œuvre de l'article 163 Cst., prévu par le projet de loi sur les finances, est-il conforme à la Constitution ?

55. A la différence de l'avant-projet d'EMPL du 30 juin 2003 (avis 1 no 25 – 39), le projet actuel ne suscite que peu de commentaires de ma part. Dans l'ensemble, il me semble traduire correctement la lettre et l'esprit de l'art. 163 al. 2 Cst/VD et ne pas comporter de violation de principes constitutionnels supérieurs. Les remarques qui suivent sont donc relativement secondaires :

56. L'art. 5 PLF (analyse des incidences financières) ne peut pas, à mon avis, être interprété comme une interdiction générale, pour le Grand Conseil, de voter une loi entraînant des charges nouvelles non couvertes (supra no 51-54).

57. L'art. 6 PLF (définition des charges nouvelles) devrait à mon sens être modifié. Selon la doctrine et la jurisprudence relatives à la définition de la dépense nouvelle, les différents éléments de cette définition sont alternatifs et pas cumulatifs²². La conjonction « et » à la fin de la lettre a) et au milieu de la lettre b) devrait donc être remplacée par la conjonction « ou » : il suffit que l'un ou l'autre de ces éléments soit rempli pour que la charge soit considérée comme nouvelle (avis 1 no 27, supra no 12).

58. Au niveau de la systématique, il serait peut-être plus judicieux de faire précéder la définition des charges nouvelles par la règle générale posée à l'art. 7 PLF (principe), qui reprend le contenu essentiel de l'art. 163 al. 2 Cst/VD.

59. Quant à l'art. 8 PLF (financement), je ne vois guère ce que l'alinéa 3 ajoute à l'alinéa 2. Il pourra donc être supprimé.

60. Enfin, il me semble que la seconde phrase de l'art. 17 PLF pourrait d'être complétée par la mention des « mesures fiscales ou compensatoires prises en

application de l'art. 163 al. 2 Cst/VD » (supra no 34).

* * *

Genève, le 2 avril 2004

Andreas Auer