

Complément au rapport du 24 avril 2019 présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur le Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques (LFFIS)

1. Synthèse

La Commission des finances du Grand Conseil (CFin) a préavisé la loi sur le Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques (LFFIS) durant ses séances des 20 juin et 4 juillet 2019.

La CFin a mandaté M^{me} Isabelle Häner, professeure en droit, qui a délivré l'avis de droit du 12 juillet 2019 sur la constitutionnalité de la révision de 2020 de la LFP et du Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques (FFIS) prévu (Über die Verfassungsmässigkeit der FLG Revision 2020 und des geplanten Fonds zur Finanzierung von strategischen Investitionsvorhaben [FFsIG])¹. Dans son avis de droit, M^{me} Häner conclut que le constituant ne voulait en principe pas interdire la création de Fonds. Il lui paraît par contre problématique que les montants prélevés sur le Fonds ne soient pas pris en compte dans le calcul de l'autofinancement. Puisque dans certaines situations (en particulier en cas d'insuffisance de financement) le fait qu'un prélèvement sur le Fonds ne soit pas répercuté sur le solde de financement négatif contribuerait à alléger l'endettement, elle est plutôt d'avis qu'exclure des Fonds du frein à l'endettement ne correspond pas à la volonté historique du constituant. L'auteure de l'avis de droit considère également problématique le fait que le canton de Berne dépasse actuellement la quote-part de l'endettement fixée à 12 pour cent à l'article 101b, alinéa 5 de la Constitution du canton de Berne (ConstC). Elle estime en conséquence que le canton doit remplir son obligation de respecter le degré d'autofinancement de 100 pour cent et compenser les éventuels découverts dans un délai de quatre ans. M^{me} Häner ajoute que, puisque le Fonds a pour objectif de financer des investissements stratégiques, une durée de 10 ans ne peut pas être considérée comme disproportionnée. Elle considère par ailleurs qu'il ne contredit pas non plus le principe selon lequel le financement du patrimoine administratif doit respecter l'équité entre les générations.

Du fait de ces doutes concernant la constitutionnalité de la LFFIS, la CFin a décidé, le 4 juillet 2019, de proposer au Grand Conseil de ne pas entrer en matière sur le projet.

Le rapport du 24 avril 2019 sur la LFFIS que le Conseil-exécutif a adopté à l'intention de la CFin répondait par l'affirmative à la question de la constitutionnalité du projet. Ce rapport a été élaboré antérieurement et ne dit donc rien sur les conclusions de M^{me} Häner ni sur la discussion à la CFin. Etant donné que la question de la constitutionnalité est centrale pour le traitement du projet par le Grand Conseil, le Conseil-exécutif expose sa position à celui-ci dans le présent complément au rapport sur la LFFIS. Le Conseil-exécutif estime que le projet est constitutionnel et que la création du Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques constitue un moyen approprié – et licite – de maîtriser le financement du pic d'investissement à venir.

¹ La CFin n'a associé ni le Conseil-exécutif, ni la Direction des finances en charge du projet à l'attribution du mandat concernant l'avis de droit.

Explications complémentaires sur la question de la constitutionnalité de la LFFIS

2.1 Contexte

La CFin chargée du préavis propose au Grand Conseil de ne pas entrer en matière sur la LFFIS. Elle motive sa décision par les doutes qu'elle a sur la constitutionnalité du projet. Elle fonde sa position notamment sur l'avis de droit du 12 juillet 2019 rendu par M^{me} Häner sur la constitutionnalité de la révision de 2020 de la LFP et du Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques (FFIS) prévu («Über die Verfassungsmässigkeit der FLG Revision 2020 und des geplanten Fonds zur Finanzierung von strategischen Investitionsvorhaben (FFsIG)»).

Dans son rapport du 24 avril 2019 à l'intention du Grand Conseil, le Conseil-exécutif part du principe que la constitutionnalité du projet est incontestable, et explique ce qui suit:

« Dans l'avis de droit "Verfassungsmässigkeit des Investitionsfondsgesetzes des Kantons Bern" (constitutionnalité de la loi sur le Fonds d'investissement, LFI) qu'il a soumis à la Commission des finances en 2009, M. le professeur Andreas Lienhard arrivait à la conclusion que la loi de l'époque était conforme à la Constitution. Il expliquait en particulier: "Observons en outre qu'il n'a apparemment jamais été question, à la création du frein à l'endettement, de vouloir à l'avenir ne plus autoriser de financement spécial au sens de Fonds. Au contraire, un Fonds créé par une loi spéciale, qui présuppose même expressément le respect des consignes du frein à l'endettement appliqué tant au compte de fonctionnement qu'au compte des investissements, est conforme à la Constitution." (traduction)

Par la suite, la loi sur le Fonds d'investissement comme la loi sur le Fonds des distributions du bénéfice de la BNS ont été considérées comme conformes à la Constitution. Ce jugement s'applique tel quel au Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques prévu. »

2.2 L'avis de droit Lienhard

Dans son avis de droit mentionné au chiffre 2.1, M. Lienhard expliquait ceci:

« Toute action consistant à "mettre de l'argent de côté" n'est pas forcément admissible. Un Fonds n'est conforme à la Constitution que si les principes budgétaires de l'emploi économe des fonds, de la rentabilité, de l'adaptation à la conjoncture et de l'équilibre budgétaire à moyen terme peuvent conjointement produire un effet optimal. Le frein à l'endettement comme instrument visant à concrétiser l'équilibre budgétaire doit par conséquent être considéré dans le contexte global des consignes financières de la Constitution. En outre, il ne faut pas oublier l'obligation de compatibilité avec la planification financière de la Confédération.

Pour des projets rendus nécessaires par la conjoncture, la Constitution admet – en particulier dans le sens d'un comportement anticyclique – la réalisation des investissements qui s'imposent et donc la constitution de réserves à cet effet. Il est également possible de procéder à d'autres investissements, autrement dit des investissements qui ne sont pas indispensables à cause de la conjoncture. Toutefois, en l'absence de plans concrets d'investissement ou s'il ne faut pas en attendre pendant la phase de récession économique à venir, il ne faudrait constituer de réserve qu'avec retenue, et plutôt s'attaquer à une croissance des besoins d'investissement qui serait constante mais ne résulterait pas nécessairement de la conjoncture en élaborant une planification financière appropriée. Mais si un besoin d'investissement particulier s'annonce clairement, il est admis au regard de la Constitution de « mettre de

l'argent de côté » dans cette perspective. La loi sur le Fonds d'investissement peut donc être interprétée comme étant conforme à la Constitution et être appliquée dans le respect des consignes financières de la Constitution exposées ci-avant.

Observons en outre qu'il n'a apparemment jamais été question, lors de la création du frein à l'endettement, de vouloir à l'avenir ne plus autoriser de financement spécial au sens de Fonds. Au contraire, un Fonds créé par une loi spéciale, qui pose même expressément comme condition de respecter les consignes du frein à l'endettement appliqué tant au compte de fonctionnement qu'au compte des investissements, est conforme à la Constitution. La rapidité avec laquelle le Fonds est constitué peut certes étonner ; mais comme exposé ci-avant, cette façon de procéder se justifie d'une part en raison de la situation économique actuelle et de la détérioration des rentrées fiscales qu'elle laisse prévoir, et d'autre part du fait des investissements nécessaires. Rappelons à cet égard que l'idée d'un Fonds de ce genre est déjà discutée depuis un certain temps. Soulignons enfin que le Fonds a une durée limitée (5 ans) et que le montant de ses avoirs est plafonné (800 mio francs) ; il respecte par conséquent aussi le principe constitutionnel de la proportionnalité.

Ce qu'il faut donc retenir, c'est que la loi sur le Fonds d'investissement est compatible avec la Constitution et que l'on peut admettre qu'elle n'est pas contraire à ses dispositions.» (traduction)

2.3 L'avis de droit Häner

2.3.1 Sur la définition de l'autofinancement / la mise en place du MCH2

Conformément à l'article 101b, alinéa 1 ConstC (frein à l'endettement appliqué au compte des investissements), le degré d'autofinancement de l'investissement net doit être au moins de 100 pour cent à moyen terme. Le degré d'autofinancement est le rapport entre autofinancement et investissement net. Or, selon M^{me} Häner, il existe maintenant un doute sur le fait que la définition actuelle de l'autofinancement telle qu'elle est prescrite dans l'ordonnance sur le pilotage des finances et des prestations (OFP) soit conforme à la Constitution.

L'actuelle définition de l'autofinancement à l'article 1c OFP correspond explicitement à celle qui a été donnée dans le message élaboré en vue de la votation du 24 février 2008 sur l'introduction d'un frein à l'endettement:

« **Autofinancement (fonds propres)** : Le résultat du compte de fonctionnement plus les amortissements exprime l'autofinancement. Il s'agit des fonds propres qui peuvent être consacrés aux investissements ou à la résorption de la dette. »

Ce calcul de l'autofinancement correspond à la définition conformément au MCH1. En ce qui concerne les financements spéciaux/Fonds, cela signifie que l'autofinancement est réduit au moment du versement au Fonds (le degré d'autofinancement se dégrade). Au contraire, si des fonds sont prélevés sur le financement spécial, l'autofinancement augmente. Les versements et les prélèvements sur le Fonds sont ainsi inclus dans le calcul de l'autofinancement.

Avec le MCH2, le calcul de l'autofinancement a été affiné et exclut désormais les versements et les prélèvements sur des financements spéciaux. Si l'on effectuait le calcul selon le MCH2 pour appliquer le frein à l'endettement, les financements spéciaux/Fonds n'auraient aucun effet.

Il est important dans ce contexte de préciser qu'il existait déjà des Fonds/financements spéciaux au moment où le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements a été mis en place. Mentionnons par exemple le Fonds d'investissements hospitaliers, dont les avoirs se montaient à plus de 800 millions de francs au moment de la modification de la Constitution. Les financements par des Fonds faisaient partie intégrante de la gestion des finances cantonales lors de la mise en place du frein à l'endettement appliqué au compte des investissements et ils n'ont jamais été contestés au cours de l'élaboration des dispositions constitutionnelles (voir aussi les conclusions de l'avis de droit Lienhard mentionnées plus haut). Si le constituant avait eu la ferme volonté d'empêcher la création de Fonds, il aurait déjà fallu à ce moment-là que la définition de l'autofinancement exclue explicitement les versements et les prélèvements sur les Fonds.

En résumé, le calcul actuel de l'autofinancement correspond explicitement à celui qui a été défini dans le message élaboré en vue de la votation du 24 février 2008 sur l'introduction d'un frein à l'endettement, et ce alors qu'à l'époque les Fonds d'investissement faisaient déjà partie intégrante de la gestion financière cantonale. Le Conseil-exécutif considère donc totalement infondés les doutes quant à la constitutionnalité de la définition actuelle de l'autofinancement. Et la mise en place du MCH2 ne change rien à cela.

Concernant l'introduction du MCH2, le Conseil-exécutif juge en outre ceci important : les freins à l'endettement inscrits dans la Constitution du canton de Berne constituent les lignes directrices financières suprêmes du canton de Berne. Un nouveau modèle comptable doit se soumettre à elles, et non l'inverse. Le MCH2 n'est qu'une recommandation de la Conférence des directeurs cantonaux des finances et ne tient pas compte des consignes budgétaires individuelles que les cantons ont conçues dans le cadre de leur autonomie financière. Le Grand Conseil a entériné ce principe puisque l'article 5, alinéa 3 de la loi sur le pilotage des finances et des prestations (LFP) précise que le Conseil-exécutif désigne les règles applicables par voie d'ordonnance et détermine les dérogations éventuelles à ces règles.

Si au contraire on suivait la conception de l'auteur de l'avis de droit et qu'on estimait que l'autofinancement devait être calculé de telle sorte que les Fonds – qui doivent permettre de « mettre de l'argent de côté » – restent sans effet pour le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements, il faudrait également mettre en débat la constitutionnalité de Fonds existants comme notamment le Fonds d'investissements hospitaliers et le Fonds de couverture des pics d'investissement. Cette façon de voir devrait en définitive mener à la conclusion que le calcul de l'autofinancement est anticonstitutionnel depuis la mise en place du frein à l'endettement appliqué au compte des investissements, autrement dit depuis le début, et que plusieurs Fonds existants violent la Constitution. Ainsi le Fonds d'investissements hospitaliers qui existait déjà en 2008 et dont les avoirs dépassaient alors 800 millions de francs serait-il devenu inopérant avec la mise en place du frein à l'endettement. Personne n'a exprimé un point de vue aussi radical lors de la mise en place du frein à l'endettement appliqué au compte des investissements. Le fait de « mettre de l'argent de côté » au moyen d'un Fonds n'a pas non plus été remis en question par la suite. Ainsi peut-on par exemple lire ceci dans le message élaboré en vue de la votation du 21 mai 2017 sur le crédit d'étude pour le réaménagement du réseau routier d'Aarwangen - Langenthal Nord : « La construction de la nouvelle route serait financée par le budget cantonal et par le Fonds de couverture des pics d'investissement cantonal. »

Le Conseil-exécutif juge donc que, de toute évidence, le MCH2 doit être appliqué de sorte à ne se traduire ni par un durcissement ni par un affaiblissement du frein à l'endettement. Soutenir un autre point de vue signifierait que la mise en place du MCH2 aurait contribué à durcir

le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements (et ôté tout effet aux Fonds), ce qui ne correspond pas à la volonté du constituant.

2.3.2 Sur d'autres points de l'avis de droit

Dans son avis de droit, M^{me} Häner ajoute qu'on a tendance aujourd'hui à désapprouver la création de nouveaux Fonds – notamment s'ils servent au financement préalable de projets –, et ce du fait de l'affectation des ressources fiscales générales et de l'infraction au principe de l'image fidèle.

Cette appréciation est peut-être exacte si on s'en tient purement à la présentation des comptes, mais le Conseil-exécutif considère qu'il serait faux d'en déduire une violation de la Constitution.

Concernant la proportionnalité de la loi, M^{me} Häner confirme que comme le Fonds doit servir à financer des projets d'investissement stratégiques, sa durée limitée à dix ans n'est pas disproportionnée. Elle précise en outre qu'avec cette durée, le Fonds n'est pas non plus contraire au principe selon lequel le financement du patrimoine administratif doit respecter l'équité entre les générations.

2.4 Sur la limite des 12 pour cent fixée à l'article 101b, alinéa 5 ConstC

La majorité de la CFin a rappelé que la Constitution contenait aussi l'objectif de réduire la dette jusqu'à une quote-part de l'endettement brut n'excédant pas 12 pour cent et que, comme celle-ci atteint actuellement 18,5 pour cent, le canton est tenu de continuer à réduire son endettement.

Voici ce qu'en pense le Conseil-exécutif : conformément à l'article 101b, alinéa 5 ConstC, le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements s'applique lorsque la quote-part de l'endettement brut excède un taux de 12 pour cent.

L'avis de droit que la CFin avait à l'époque commandé à M. Lienhard au sujet du Fonds de couverture des pics d'investissement conforte le Conseil-exécutif dans son idée que la Constitution ne contient pas de prescription impérative concernant la réduction de la dette. Ainsi cet avis de droit souligne-t-il par exemple de façon convaincante que la quote-part de l'endettement déterminante dépend aussi du revenu cantonal, et donc pas uniquement du niveau des investissements.

Le Conseil-exécutif rappelle la genèse de cette disposition : le Grand Conseil n'a adopté l'alinéa 5, et donc la limite des 12 pour cent, que dans le cadre de la seconde lecture de la modification de la Constitution. Si cette limite n'avait pas été rajoutée, le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements – dont le mécanisme aboutit en pratique à une réduction de la dette à moyen ou long terme – aurait eu pour conséquence que le canton aurait à long terme fait disparaître toutes ses dettes. Comme cela n'a pas de sens pour une collectivité de ne plus avoir de dettes du tout, le constituant du canton de Berne a prévu la limite de 12 pour cent. Mais comme il l'a déjà mentionné, le Conseil-exécutif ne considère pas que ce chiffre représente un objectif pour la réduction de la dette ; pour lui, la Constitution ne prescrit pas impérativement que la quote-part de l'endettement doive être abaissée à 12 pour cent.

3. Conclusion du Conseil-exécutif

La CFin motive sa proposition au Grand Conseil de ne pas entrer en matière sur le projet, en premier lieu, par des doutes quant à la conformité de la LFFIS à la Constitution. Elle se fonde notamment sur un avis de droit rendu à sa demande par M^{me} Isabelle Häner. Le Conseil-exécutif considère que, globalement, les doutes émis dans cet avis de droit quant à la constitutionnalité de la LFFIS ne sont pas concluants.

Le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements exige qu'à moyen terme, le canton finance à 100 pour cent ses investissements avec ses propres moyens et que, par conséquent, il ne contracte pas de nouvelles dettes. Le Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques n'enfreint pas cet objectif, les moyens disponibles étant « réservés » à des projets d'investissement pour éviter que ceux-ci ne contribuent à augmenter la dette. Avec la loi sur le Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques, le canton de Berne peut en fin de compte faire comme tous les ménages privés, à savoir prévoir des ressources pour des investissements à venir en « mettant de côté » les fonds nécessaires. La solution du Fonds proposée vise la question de politique financière suivante : les ressources disponibles doivent-elles être utilisées pour réduire la dette ou pour financer des investissements ? La Constitution ne donne pas de consigne impérative pour la réduction de la dette. Le Conseil-exécutif considère donc que « mettre de l'argent de côté » en prévision d'investissements futurs ne viole pas la Constitution.

La CFin avait commandé en 2009 un avis de droit à M. Andreas Lienhard au sujet de la loi sur le Fonds de couverture des pics d'investissement. Celui-ci avait conclu que ce Fonds (et les autres Fonds existants) était conforme à la Constitution et compatible avec les freins à l'endettement. Pour le Conseil-exécutif, cela vaut également pour le Fonds qui doit être créé. Il ne voit pas ce qui a changé par rapport à la situation de 2009.

Le Conseil-exécutif est clairement d'avis que le projet est conforme à la Constitution et que la création d'un Fonds de financement de projets d'investissement stratégiques est un moyen licite et approprié pour maîtriser le financement du pic d'investissement à venir.

Berne, le 14 août 2019

Au nom du Conseil-exécutif,

le président: *Ammann*

le chancelier: *Auer*