

100.2018.388/100.2018.390/100.2018.400/  
100.2018.435/100.2018.446  
PMC n° 7 - 2017  
BCE/REN

## Tribunal administratif du canton de Berne

Cour des affaires de langue française

### Jugement du 23 août 2019

Droit administratif

B. Rolli, président  
B. Arn De Rosa, T. Häberli, C. Meyrat Neuhaus, M. Moeckli, juges  
C. Wagnon-Berger, greffière

#### [100.2018.388]

1. A. \_\_\_\_\_  
représentée par Me B. \_\_\_\_\_,

#### [100.2018.390]

2. **Commune municipale de Moutier**  
agissant par son Conseil municipal  
Hôtel-de-Ville 1, case postale 927, 2740 Moutier  
représentée par Me C. \_\_\_\_\_,

#### [100.2018.400]

3. D. \_\_\_\_\_

4. E. \_\_\_\_\_

5. F. \_\_\_\_\_

6. G. \_\_\_\_\_

7. H. \_\_\_\_\_

8. I. \_\_\_\_\_

représentés par Me J. \_\_\_\_\_,

#### [100.2018.435]

9.-146. (=) 79 recourants (selon liste séparée du 19 décembre 2018)  
pour adresse: K. \_\_\_\_\_,



**[100.2018.446]**

**147. L.** \_\_\_\_\_,

**148. M.** \_\_\_\_\_,

**149. N.** \_\_\_\_\_,

pour adresse: c/o L. \_\_\_\_\_,

**recourants**

et

**1. O.** \_\_\_\_\_,

**2. P.** \_\_\_\_\_,

**12. Q.** \_\_\_\_\_,

**13. R.** \_\_\_\_\_,

**14. S.** \_\_\_\_\_,

représentés par Me T. \_\_\_\_\_,

**15. U.** \_\_\_\_\_,

**16. V.** \_\_\_\_\_,

**intimés**

et

**Préfecture du Jura bernois,**

**Rue de la Préfecture 2, case postale 106, 2608 Courtelary**

relatif à une décision rendue sur recours par cette dernière le 2 novembre 2018  
(votation du 18 juin 2017 à Moutier)

## Table des matières

En fait:	5
En droit:	9
1. Recevabilité des recours déposés devant le TA	9
2. Violations du droit d'être entendu	17
3. Recevabilité des recours déposés devant la Préfecture	21
- Recevabilité du recours du 30 mai 2017 devant la Préfecture contre le courrier du 23 mai 2017 de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)	23
- Recevabilité de l'écrit du 3 juin 2017 adressé à la Préfecture contre le courrier du 25 mai 2017 du maire de la commune de Moutier aux enseignants (n° 8-2017)	25
- Recevabilité du recours du 15 juin 2017 devant la Préfecture relatif à la tenue du registre des électeurs (n° 11-2017)	27
- Recevabilité du recours du 16 juin 2017 devant la Préfecture contre l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)	32
- Recevabilité du recours du 28 juin 2017 devant la Préfecture relatif à l'absence de contrôle systématique des électeurs lors du vote aux urnes (n°14-2017)	36
- Recevabilité du recours du 17 juillet 2017 devant la Préfecture contre l'exercice du droit de vote par correspondance (n° 19-2017)	36
4. Considérations générales sur les votations et nature de la votation du 18 juin 2017	37
5. Recours contre le courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)	40
6. Recours contre l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)	47
7. Recours relatif à la tenue du registre des électeurs (n° 11-2017)	58
8. Recours relatif à l'absence de contrôle systématique des électeurs lors du vote aux urnes (n° 14-2017)	69
9. Recours relatif à l'exercice du droit de vote par correspondance (n° 19-2017)	73
10. Conséquences sur la votation litigieuse	83
- Influence sur la votation du courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)	84

- Influence sur la votation des griefs relatifs à l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)	89
- Influence sur la votation litigieuse des griefs relatifs au registre des électeurs (n° 11-2017)	93
- Influence sur la votation de l'illicéité du container de la Société'halle et de la prolongation des heures d'ouverture de l'urne de l'Hôtel de Ville (n° 19-2017)	95
11. Conclusion	97
12. Frais et dépens	97

## **En fait:**

### **A.**

Le 18 juin 2017, le corps électoral de Moutier s'est prononcé sur l'appartenance cantonale de la ville. Les citoyennes et citoyens se sont déterminés en faveur d'un transfert dans le canton du Jura avec 51.72% des voix, représentant un écart de 137 voix entre le "oui" et le "non" sur 3997 voix (2067 "oui" et 1930 "non"). Plusieurs citoyennes et citoyens, individuellement ou en groupe, ont contesté certains actes préparatoires avant le scrutin ou le résultat du vote en lui-même devant la Préfecture du Jura bernois (ci-après: la Préfecture). Après avoir déclaré irrecevables certains de ces recours, la Préfecture a poursuivi l'instruction dans sept procédures introduites par 16 citoyennes et citoyens, individuellement ou en groupe (procédures préfectorales n<sup>os</sup> 7-2017, 8-2017, 11-2017, 12-2017, 14-2017, 16-2017 et 19-2017).

Par décision incidente du 12 février 2018, la Préfecture a joint l'ensemble des procédures pendantes devant elle (sous le n<sup>o</sup> 7-2017) et fait interdiction à la mandataire de la commune municipale de Moutier (ci-après: la commune de Moutier), ainsi qu'à tout autre avocat faisant partie de la même étude, au motif que cette mandataire serait prise dans un conflit entre les intérêts de sa mandante et certains de ses associés, de représenter cette dernière dans la présente procédure relative au vote du 18 juin 2017, de même que dans toute autre procédure existante ou à venir en lien avec celui-ci. Par jugement du 31 mai 2018, le Tribunal administratif du canton de Berne (ci-après: le TA) a rejeté le recours interjeté contre la jonction des sept procédures et partiellement admis le recours visant l'interdiction de représenter ainsi qu'annulé la décision incidente du 12 février 2018 dans la mesure où elle faisait interdiction à la mandataire de la commune de Moutier, ainsi qu'à tout autre avocat faisant partie de la même étude, de représenter ladite commune dans toute autre procédure à venir en lien avec le vote du 18 juin 2017.

## **B.**

Après avoir repris la procédure et procédé à diverses mesures d'instruction, la Préfecture a, par décision sur recours du 2 novembre 2018, admis six recours joints dans la nouvelle procédure n° 7-2017, rejeté le recours introduit sous le n° 16-2017 et annulé le vote du 18 juin 2017.

## **C.**

Le 14 novembre 2018, A.\_\_\_\_\_ (recourante n° 1, procédure 100.2018.388), représentée par un mandataire, a déposé un recours devant le TA et conclu à ce que son recours soit déclaré recevable, la décision litigieuse annulée et le résultat du vote déclaré valable, le tout sous suite d'indemnité de partie et de frais. Par acte du 15 novembre 2018, la commune de Moutier (recourante n° 2, procédure 100.2018.390), représentée par son mandataire, a également porté la cause auprès du TA en concluant, à titre préjudiciel, à ce que certains éléments figurant au dossier de la cause soient éliminés et, sur le fond, à ce que la décision litigieuse du 2 novembre 2018 soit annulée et, partant, à ce qu'il soit constaté que le résultat du vote du 18 juin 2017 est valable, le tout sous suite de frais et dépens. Le 19 novembre 2018, D.\_\_\_\_\_ et cinq autres personnes (recourants n<sup>os</sup> 3-8, procédure 100.2018.400), tous représentés par le même avocat, ont déposé un recours contre la décision du 2 novembre 2018 concluant, à titre préalable, à la remise de l'intégralité du dossier libre de tout caviardage et, à titre principal, à l'annulation de la décision préfectorale du 2 novembre 2018 ainsi qu'à la validation du scrutin du 18 juin 2017, le tout sous suite de frais et dépens. Le 26 novembre 2018, les recourants n<sup>os</sup> 3-8 ont déposé un premier complément à leur recours et confirmé leurs précédentes conclusions. En date du 4 décembre 2018, la recourante n° 2 a fait parvenir au TA un complément à son recours, dans lequel elle a confirmé ses précédentes conclusions. Par acte du 5 décembre 2018, un "groupe de 150 jeunes habitants de Moutier" (en réalité: 138 signataires, recourants n<sup>os</sup> 9-146, procédure 100.2018.435) ont recouru auprès du TA contre la décision de la Préfecture du 2 novembre 2018, en concluant à l'admission du recours et, partant, à l'annulation de la

décision du 2 novembre 2018 et au constat de la validité de la votation du 18 juin 2017, le tout sous suite de frais et dépens. En date du 13 décembre 2018, L. \_\_\_\_\_ et deux autres citoyens (recourants n<sup>os</sup> 147-149, procédure 100.2018.446) ont adressé un recours au TA en concluant à l'annulation de la décision sur recours du 2 novembre 2018 de la Préfecture. Le 17 décembre 2018, les recourants n<sup>os</sup> 3-8 ont déposé un deuxième complément à leur recours, dans lequel ils ont en substance confirmé leurs précédentes conclusions. Selon un courrier du 19 décembre 2018, le groupe de jeunes habitantes et habitants a informé le TA du retrait de 59 recourants (voir nouvelle liste du 19 décembre 2018 avec les noms des 79 recourants gardant tous leur ancien numéro). Par ordonnance du 20 décembre 2018, ces cinq procédures ont été jointes.

#### **D.**

O. \_\_\_\_\_ et quatre autres citoyens (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14), précédemment recourants devant la Préfecture, ont, par leur avocat, confirmé leur volonté de participer à la procédure devant le TA et produit leur mémoire de réponse en date du 8 février 2019. A titre préalable, ils ont conclu à l'irrecevabilité des recours interjetés par les recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 9-146, ainsi que des compléments au recours des recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8. Sur le fond, ils ont conclu au rejet de tous les recours, le tout sous suite de frais et dépens. Le 13 février 2019, la Préfecture a fait parvenir son préavis au TA (accompagné des dossiers de toutes ses procédures et neuf cartons contenant l'ensemble du matériel de vote), concluant au rejet des recours et à la confirmation de sa décision sur recours. Par mémoire de réponse du 15 février 2019, U. \_\_\_\_\_ (intimé n<sup>o</sup> 15) a adressé au TA son mémoire de réponse, dans lequel il a conclu à l'irrecevabilité du 2<sup>ème</sup> complément au recours déposé par les recourants n<sup>os</sup> 1-8 ainsi que de l'écrit des recourants n<sup>os</sup> 147-149, au rejet des recours et donc à la confirmation de la décision sur recours préfectorale, sous suite de frais et dépens. Le même jour, V. \_\_\_\_\_ (intimé n<sup>o</sup> 16) a conclu au rejet de tous les recours et, partant, à la confirmation de la décision sur recours litigieuse, sous suite de frais et dépens. Faute de réaction des participants n<sup>os</sup> 3-11 et conformément à l'indication qui avait été faite par le juge instructeur, il a été

constaté, par ordonnance du 20 février 2019, que ceux-ci (tous recourants devant la Préfecture) avaient renoncé à participer à la procédure et que la procédure se poursuivrait sans leur concours.

## **E.**

Dans un courrier du 4 avril 2019, la recourante n° 2 a répondu à deux questions posées le 21 mars 2019 par le juge instructeur. Par courriers des 2 et 3 mai 2019, les recourants n<sup>os</sup> 147-149 ont répliqué, tout comme la recourante n° 2 en date du 3 mai 2019, ainsi que les recourants n<sup>os</sup> 3-8 par courrier du 3 mai 2019. En substance, les recourants n<sup>os</sup> 2, 3-8 et 147-149 ont maintenu leurs conclusions. Les recourants n° 1 et n<sup>os</sup> 9 à 146 ont renoncé à présenter une réplique. De leur côté, les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 ont dupliqué par courrier du 7 juin 2019, tout comme les intimés n<sup>os</sup> 15 et 16 (courriers du 11 juin 2019). La Préfecture a également fait parvenir au TA son second préavis daté du 11 juin 2019. En substance, les parties ont maintenu leurs précédentes conclusions. La requête du 11 juin 2019 de l'intimé n° 15 tendant à la jonction des présentes causes (100.2018.388, 100.2018.390, 100.2018.400, 100.2018.435 et 100.2018.446) avec une autre procédure qu'il avait lui-même introduite (100.2018.98) a été rejetée par ordonnance du 13 juin 2019. L'ensemble de ces écrits (y compris leurs annexes) a été notifié aux participants à la procédure et les mandataires des parties invités à produire leur note d'honoraires. La recourante n° 2 a encore pris position le 3 juillet 2019 sur la duplique des intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14, ce que ces derniers ont contesté le 8 juillet 2019. Par ordonnance du 10 juillet 2019, la demande des intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 tendant à écarter la prise de position de la recourante n° 2 du 3 juillet 2019 a été rejetée.

## **En droit:**

### **1. Recevabilité des recours déposés devant le TA**

**1.1** Le TA connaît, en qualité de dernière instance cantonale, des recours contre les décisions et décisions sur recours en matière de votations et d'élections communales (art. 74 al. 2 let. b de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]). En l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA, le TA est compétent pour connaître du présent litige.

**1.2** Aux termes de l'art. 79 LPJA, a qualité pour former un recours de droit administratif quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a); est particulièrement atteint par la décision ou la décision sur recours attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Selon l'alinéa 2 de cette même disposition, a en outre qualité pour former un recours de droit administratif toute autre personne, organisation ou autorité, qu'une loi ou un décret autorise à recourir. Selon l'art. 79b LPJA, quiconque remplit les conditions énoncées à l'art. 79 (let. a) ou jouit du droit de vote dans la commune (let. b) a qualité pour former un recours de droit administratif en matière d'élections et de votations communales.

**1.2.1** Les requérants n<sup>os</sup> 1, 3-8, 9-146 et 147-149 sont tous des particuliers domiciliés à Moutier et y disposent du droit de vote. Ils ne remettaient pas en cause le déroulement de la votation ou son résultat et n'avaient donc aucun intérêt à prendre part à la procédure devant l'autorité précédente. En revanche, ils sont désormais nouvellement touchés par la décision sur recours annulant la votation du 18 juin 2017, si bien qu'ils ne doivent pas en l'espèce remplir la condition de la lésion formelle (*formelle Beschwer*; art. 79 al. 1 let. a LPJA; MARKUS MÜLLER, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2011, p. 163-164). Ils bénéficient ainsi de la qualité pour former recours devant le TA (art. 79b let. b LPJA).

**1.2.2** S'agissant de la requérante n° 2, soit la commune de Moutier, sa qualité pour recourir en matière de votation a été admise expressément

dans la procédure relative à la décision incidente, de sorte qu'il peut être renvoyé au jugement en question pour cette question (JTA 100.2018.75/76 du 31 mai 2018 c. 1.3.1-1.3.3).

**1.3** Les intimés font valoir l'irrecevabilité de certains recours ou compléments aux recours déposés. Sont particulièrement remis en cause le délai de recours de 30 jours mentionné dans la décision sur recours litigieuse (c. 1.3.1 ci-dessous), ainsi que le début de ce délai (c. 1.3.2 ci-dessous).

#### **1.3.1**

**a)** Les recourants sont tous d'avis que le délai pour contester la décision sur recours préfectorale du 2 novembre 2018 est de 30 jours. Bien que la décision sur recours contestée se fonde en partie sur des recours déposés contre des actes préparatoires contre lesquels le délai de recours est en principe de dix jours (art. 81 al. 2 let. b LPJA), ils estiment qu'au vu de la jurisprudence selon laquelle des recours contre des actes préparatoires contiennent des conclusions implicites tendant à l'annulation du scrutin lorsque la décision sur recours n'intervient pas avant le scrutin (voir JAB 2017 p. 459 c. 3.4.1 et les références tant fédérales que cantonales citées), le délai de recours ne saurait être de dix jours (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). De l'avis des recourants, le fait que la Préfecture ait rendu une seule et unique décision sur recours pour tous les recours tend également à admettre l'existence d'un seul délai de recours de 30 jours (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Finalement, ils se réfèrent aux voies de droit mentionnées sur la décision sur recours litigieuse indiquant un délai de recours de 30 jours (recourante n<sup>o</sup> 1). Pour les intimés, les différents recours, leur nature juridique (contestation d'un scrutin ou d'un acte préparatoire) et, donc, leur délai de recours respectif doivent être scrupuleusement différenciés (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Il serait en outre contraire à la volonté du législateur, selon eux, d'admettre un délai de recours de 30 jours devant la seconde instance lorsque l'intégralité de la procédure de seconde instance se déroule après le scrutin. Enfin, les intimés estiment que les recourants ne sauraient se prévaloir du principe de la protection de la bonne foi en cas d'indications de voies de droit

erronées dans la mesure où ils auraient pu s'apercevoir de l'erreur (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

**b)** Selon l'art. 81 LPJA, le recours de droit administratif doit être déposé par écrit dans les 30 jours à compter de la notification de la décision ou de la décision sur recours et respecter les conditions de forme fixées à l'art. 32 LPJA (art. 81 al. 1 LPJA). Le délai de recours est de dix jours pour attaquer les décisions sur recours en matière d'élections communales (art. 81 al. 2 let. a LPJA) ou les décisions sur recours concernant des actes préparatoires en matière de votations communales (art. 81 al. 2 let. b LPJA).

**c)** Le TA a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question du délai de recours en matière de votation lorsqu'un acte préparatoire est en cause. D'une manière générale, il a relevé que la législation prévoit deux délais de recours différents (dix jours et 30 jours) pour les recours adressés tant aux préfectures (art. 67a al. 2 et 3 LPJA) qu'au TA (art. 81 al. 1 et al. 2 let. b LPJA; voir à ce titre: JAB 2017 p. 459 c. 3.1 ss). L'obligation de contester les actes préparatoires d'un scrutin dans un bref délai vise à permettre un examen rapide d'éventuelles entraves à la formation de la volonté des ayants droit au vote et un déroulement du scrutin sans contrainte ni fraude (JAB 2009 p. 433 c. 3.2; HERZOG/DAUM, *Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege* in: JAB 2009 p. 1 [20]). L'objectif est que les éventuelles irrégularités puissent, si besoin, être corrigées avant le scrutin, afin d'éviter la répétition de celui-ci (JAB 2011 p. 529 c. 1.4.1). Il serait en outre contraire aux principes de la bonne foi et de l'économie de procédure d'attendre le résultat de la votation pour contester une irrégularité qui était déjà connue avant celle-ci (ATF 118 Ia 271 c. 1d; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 1C\_528/2017 du 1<sup>er</sup> juin 2018 c. 5.2, 1C\_45/2016 du 8 août 2016 c. 3.3.1; JAB 2017 p. 459 c. 3.3, 4.4.2 et 4.4.3). Les raisons de l'instauration d'un bref délai de dix jours ici évoquées sont identiques selon que l'on attaque un acte préparatoire devant la première ou la seconde instance (JAB 2017 p. 459 c. 4.4.2 et 4.4.3). En cas de recours adressé aux préfectures contre un acte préparatoire, le délai de recours de dix jours de l'art. 67a al. 3 LPJA est applicable s'il arrive à échéance avant la votation

(JAB 2017 p. 459 c. 3.4.1). Si, au contraire, le délai arrive à échéance après la votation, l'acte préparatoire ne doit plus être contesté séparément et le recours peut être interjeté contre le résultat du vote dans le délai ordinaire de 30 jours de l'art. 67a al. 2 LPJA (JAB 2017 p. 459 c. 3.4.1 et 3.4.2). S'agissant d'un recours adressé au TA, ce dernier a retenu que l'art. 81 al. 2 let. b LPJA ne contient pas les termes: "*[...] et que le délai de recours de dix jours n'échoit pas après le jour de la décision [...]*" figurant à l'art. 67a al. 3 LPJA, pas plus qu'un renvoi à cette disposition. Il a toutefois conclu, en application des diverses méthodes d'interprétation, que, nonobstant ce qui précède, il convient également de distinguer si le délai de recours contre la décision préfectorale arrive à échéance avant ou après le scrutin. Une décision sur recours portant sur un acte préparatoire doit dès lors être contestée dans les dix jours (selon l'art. 81 al. 2 let. b LPJA) si ce délai arrive à échéance avant la votation, sous peine de péremption du droit de contester cet acte préparatoire. Si le délai arrive à échéance après la votation, la partie recourante n'est pas obligée de contester la décision préfectorale. Elle peut attendre le résultat de la votation et contester (à nouveau) l'acte préparatoire dans le recours dirigé cette fois contre la votation devant la seconde instance (JAB 2017 p. 459 c. 4).

**d)** En l'occurrence, la décision sur recours préfectorale attaquée a été rendue après le scrutin litigieux si bien que le jugement du TA n'aura pas pour but de corriger d'éventuelles irrégularités avant le scrutin ou d'éviter son report. Comme relevé ci-dessus, lorsque la décision sur recours est rendue après la votation, l'intérêt pratique d'un délai de dix jours n'est plus donné et les exigences résultant de la bonne foi et de l'économie de procédure, soit la nécessité de contester l'acte préparatoire sans délai, ne l'imposent plus (voir à ce sujet JTA 100.2015.66 du 15 janvier 2016 c. 1.5 qui laisse la question ouverte). Il doit donc être admis, au vu de ce qui précède, que c'est bien le délai (ordinaire) de 30 jours prévu à l'art. 81 al. 1 LPJA qui trouve application en l'espèce et non le délai de dix jours de l'art. 81 al. 2 let. b LPJA et ce, même dans la mesure où les recours portent sur des actes préparatoires. Cette solution est conforme à la *ratio legis* des dispositions applicables (voir JAB 2017 p. 459 précité) et ne résulte pas en soi de la jonction des causes comme le prétendent les recourants n° 3-8.

Au vu de ce qui précède, l'indication du délai de recours dans la décision sur recours contestée étant conforme au droit, il n'y a pas lieu d'examiner la question de la protection de la bonne foi des recourants (ATF 138 I 49 c. 8, 134 I 199 c. 1.3.1).

**1.3.2** Se pose toutefois encore la question du début du délai s'agissant des recourants qui n'étaient pas parties devant l'autorité précédente et auxquels la décision sur recours n'a pas été d'emblée notifiée.

**a)** Les recourants n<sup>os</sup> 3-8 estiment que le début du délai de recours correspond au moment où ils ont pu prendre connaissance du dossier de la cause. De l'avis des recourants n<sup>os</sup> 147-149, le délai de recours a débuté le 20 novembre 2018, soit le jour où ils ont effectivement pris connaissance de la décision sur recours litigieuse. De leur côté, les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 considèrent que, s'agissant des recourants qui n'ont pas participé à la procédure devant l'autorité précédente, le début du délai de recours correspond au lendemain de la communication officielle de l'acte attaqué (communication officielle du 5 novembre 2018 relayée par les médias et la presse locale), soit le 6 novembre 2018.

**b)** L'art. 44 al. 1 LPJA prévoit que les décisions, les décisions sur recours et les jugements sont en principe notifiés par la poste. L'autorité peut notifier ses décisions, ses décisions sur recours et ses jugements, sans les motifs, par publication dans la Feuille officielle à un grand nombre de participants qui ne peuvent pas être identifiés sans frais excessifs (art. 44 al. 5 let. b LPJA). Selon l'art. 41 al. 1 LPJA, les délais dont le début dépend d'une communication, d'une publication officielle ou de la survenance d'un événement courent dès le lendemain de celles-ci. La notification formelle est une condition à la validité juridique d'une décision. Une notification est considérée comme régulière lorsque celle-ci entre dans la sphère d'influence du destinataire (théorie de la réception). A ce titre, le fardeau de la preuve incombe aux autorités (MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 100). Selon le TF, le délai de recours ne commence à courir que lorsque les parties ayant qualité pour recourir sont, en vertu du principe de la bonne foi, en possession de tous les éléments essentiels pour sauvegarder leurs droits (ATF 143 IV 40 c. 3.4.2). En vertu du principe de la bonne foi, le destinataire de la décision est tenu de s'informer sur l'existence, le contenu

et les motifs de la décision dès qu'il peut en soupçonner l'existence (ATF 102 Ib 91 c. 3).

La forme écrite est une condition de validité à défaut de laquelle la décision est inopposable à son destinataire. Elle est la seule à offrir la sécurité juridique et les garanties de transparence permettant à l'auteur de la décision de manifester clairement sa volonté, à la partie de connaître la motivation et les possibilités de recours et aux autorités judiciaires d'exercer leur contrôle. La forme écrite implique la désignation de l'autorité dont émane la décision, celle de son destinataire, ainsi que la situation juridique de celui-ci, soit le dispositif (BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2015, p. 373-374).

**c)** La commune de Moutier, partie à la procédure devant l'autorité précédente, a déposé son recours du 15 novembre 2018, ainsi que son complément du 4 décembre 2018, dans le délai de 30 jours commençant à courir dès le lendemain de la notification de la décision sur recours litigieuse du 5 novembre 2018 (soit le 6 novembre 2018) et arrivant à échéance le mercredi 5 décembre 2018. L'acte de la recourante n° 1, ainsi que celui des recourants n<sup>os</sup> 9-146, même s'ils n'étaient pas parties à la procédure devant la Préfecture, ont été déposés respectivement le 14 novembre 2018 et le 5 décembre 2018. Ils sont dès lors également intervenus dans le délai de recours.

**d)** Dans la mesure où les recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 147-149 n'étaient pas parties à la procédure devant l'autorité précédente, la décision sur recours ne leur a pas été notifiée. Certes, ces derniers ont vraisemblablement pris connaissance de la teneur de la décision sur recours par l'intermédiaire de la presse au vu de l'envoi aux médias par la Préfecture d'un communiqué de presse (au moyen d'un e-mail), accompagné d'une copie anonymisée de la décision sur recours en date du 5 novembre 2018. Toutefois et bien que la décision sur recours ait été abondamment commentée par la presse et les médias, les recourants n'ont pas eu directement connaissance à cette occasion du contenu exact de la motivation. On ne saurait en effet admettre qu'une information relayée par des médias offre la sécurité juridique et les garanties de transparence suffisantes permettant aux recourants de connaître les motifs, le dispositif et les possibilités de

recours, soit les éléments essentiels pour sauvegarder leurs droits. On ne peut cependant suivre les recourants n<sup>os</sup> 3-8 lorsqu'ils affirment que le début du délai de recours correspond au moment où ils ont pu prendre connaissance du dossier de la cause. Bien que partiellement caviardée, la décision sur recours litigieuse leur a été communiquée à la demande de leur mandataire. Ils ont alors pu pleinement prendre connaissance des motifs et du dispositif, les passages caviardés n'empêchant pas la compréhension de la décision sur recours. Il est allégué par les recourants n<sup>os</sup> 3-8 qu'ils se sont manifestés auprès de leur avocat en date du 15 novembre 2018 (voir procuration signée le 15 novembre 2018; pièces justificatives [PJ] 1 à 6 de leur recours) et qu'ils ont pris connaissance de la décision sur recours préfectorale chez ce dernier, le même jour (celui-ci étant déjà en possession de la décision sur recours caviardée pour le compte d'un autre mandant qui a finalement renoncé à recourir). La Préfecture n'a contesté ni la version des faits des recourants n<sup>os</sup> 3-8, ni la recevabilité de leur recours et de ses compléments. La preuve exacte de la date de notification effective de la décision sur recours aux recourants n<sup>os</sup> 3-8 ne peut être rapportée, de sorte qu'il convient de se fonder sur les déclarations de ces derniers. En effet, la preuve de la notification incombe à l'autorité (voir c. 1.3.2.b ci-dessus), de sorte qu'elle supporte les conséquences de l'absence de preuve. Cela signifie que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 129 I 8 c. 2.2; arrêt TF 2C\_836/2018 du 23 janvier 2019 c. 4.2; MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 100). Partant, au vu des déclarations des recourants n<sup>os</sup> 3-8, il doit être admis qu'aussi bien le recours que ses compléments (le dernier ayant été posté le lundi 17 décembre 2018, le 15 décembre 2018 étant un samedi) sont recevables. Au demeurant, même si l'on devait admettre que les recourants n<sup>os</sup> 3-8 ne pouvaient simplement attendre jusqu'au 15 novembre 2018, mais se devaient de requérir plus rapidement un exemplaire de la décision sur recours litigieuse (à l'instar des recourants n<sup>os</sup> 147-149 qui ont réagi le 9 novembre 2018, voir ci-dessous), il n'apparaît pas vraisemblable qu'ils auraient reçu ou pu prendre connaissance de ladite décision avant le 15 novembre 2018. Il ressort en effet du dossier que les recourants n<sup>os</sup> 147-149 n'ont reçu la décision sur recours contestée que par envoi posté le 14 novembre 2018 (voir ci-dessous). Quoi qu'il en

soit, seule la recevabilité du deuxième complément des recourants n<sup>os</sup> 3-8 pourrait être discutable. Or, les griefs invoqués dans ce second complément ont déjà été soulevés dans leur recours et leur premier complément, ainsi que par les autres recourants, principalement la recourante n° 2, de sorte qu'ils devront dans tous les cas faire l'objet d'un examen par le TA.

Quant à la requête préjudicielle des recourants n<sup>os</sup> 3-8 tendant à la remise de l'intégralité du dossier libre de tout caviardage, elle doit être rejetée. Il résulte en effet de ce qui précède que, malgré le caviardage de la décision sur recours, les recourants ont pu pleinement prendre connaissance des motifs et du dispositif, les passages caviardés n'empêchant pas la bonne compréhension de la décision sur recours. Le même raisonnement peut être tenu s'agissant de l'ensemble du dossier, si bien qu'il existe un intérêt prépondérant de certains ayants droit au vote du scrutin litigieux à ce que ces données soient gardées secrètes.

S'agissant des recourants n<sup>os</sup> 147-149, ceux-ci expliquent avoir demandé, par courrier du 9 novembre 2018 (posté le même jour), copie de la décision sur recours litigieuse à la Préfecture. Par courrier recommandé du 14 novembre 2018, la Préfecture a envoyé une copie de la décision sur recours au recourant n° 147, qui l'a retirée le 20 novembre 2018. Leur recours du 13 décembre 2018 est donc intervenu dans les délais.

**1.3.3** Pour le surplus, interjeté dans les formes prescrites, par des mandataires dûment légitimés, les recours sont recevables, sous réserve de ce qui suit (art. 15 et 81 LPJA).

**1.4** Les recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 3-8 et 9-146 concluent notamment à ce qu'il soit constaté que le résultat du vote du 18 juin 2017 soit validé et déploie tous ses effets. Les conclusions en constat sont subsidiaires aux conclusions formatrices et exigent, pour être admissibles, un intérêt particulier au constat (principe de la subsidiarité: ATF 122 V 28 c. 2b). Un intérêt digne de protection au constat de diverses étapes intermédiaires ou de conséquences juridiques n'existe pas (JAB 2016 p. 273 c. 2.2, 2014 p. 33 c. 1.4, tous deux avec références; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*,

1997, art. 49 n. 19 ss). En l'occurrence, les recourants ne motivent pas en quoi pourrait consister leur intérêt digne de protection au constat de la validité du vote du 18 juin 2017, au-delà de l'annulation de la décision sur recours préfectorale (sur les exigences de motivation, voir notamment: JAB 2015 p. 534 c. 2.1), si bien que leurs conclusions dans ce sens doivent être déclarées irrecevables.

**1.5** L'objet de la contestation consiste dans la décision rendue sur recours le 2 novembre 2018 par la Préfecture, admettant les recours contre la votation du 18 juin 2017 et annulant celle-ci. L'objet du litige devant le TA porte sur la conformité au droit de l'ensemble de la décision sur recours préfectorale du 2 novembre 2018, à l'exclusion du recours portant sur le dépouillement des bulletins de vote lors du scrutin du 18 juin 2017 (n° 16-2017) que la Préfecture a considéré comme infondé et qui n'est pas remis en cause ici, ni par les recourants, ni par les intimés.

**1.6** Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA; il couvre le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas le contrôle de l'opportunité.

## **2. Violations du droit d'être entendu**

**2.1** Dans un premier grief de nature formelle, la recourante n° 2 se plaint de plusieurs violations du droit d'être entendu. Elle fait tout d'abord valoir qu'elle n'a pas été informée par la Préfecture de l'ouverture des cartons contenant les bulletins de vote. Elle relève qu'elle n'a ainsi pas pu prendre part à l'administration de cette preuve et que l'autorité précédente n'a donné aucune explication ni sur la date d'ouverture des cartons ni sur les acteurs de l'intervention et n'a pas non plus statué sur la conclusion préjudicielle de la recourante n° 2 visant à écarter du dossier des pièces issues de l'ouverture des cartons, ce qui constitue, selon elle, tant une violation de son droit d'être entendue qu'un déni de justice. A ce titre, elle demande que le contenu des cartons (le matériel de vote) ouverts par la Préfecture et le résultat des constatations de cette dernière soient éliminés du dossier de la cause. En outre, la recourante n° 2 estime que ses

répliques et courriers intervenus après les mémoires de réponse n'ont pas été pris en compte ou discutés dans la décision sur recours litigieuse, ce qui serait constitutif d'une violation du droit d'être entendu. Elle ne demande toutefois pas que le dossier soit renvoyé à l'instance inférieure, mais indique chercher par là à démontrer au TA que la décision sur recours litigieuse repose sur une analyse fragmentaire et orientée du dossier.

Dans son préavis du 13 février 2019, la Préfecture mentionne avoir traité le matériel de vote de la même manière que pour tout autre recours en la matière, à savoir en tant que partie intégrante du dossier.

**2.2** La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, qui est stipulé à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et, au niveau du droit cantonal, à l'art. 26 al. 2 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC, RSB 101.1) ainsi qu'aux art. 21 ss LPJA, le droit, pour le justiciable, de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (voir notamment: ATF 127 I 54 c. 2b et la jurisprudence citée). Le droit de participer à l'administration des preuves est concrétisé à l'art. 22 LPJA. Selon cette disposition, les parties sont autorisées à prendre part aux séances d'instruction et aux inspections officielles des lieux, à assister aux auditions de personnes ainsi qu'à faire poser des questions complémentaires.

De même, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V

557 c. 3.2.1, 134 I 83 c. 4.1). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 c. 3.2.1). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 141 V 557 c. 3.2.1 et les références citées).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 144 I 11 c. 5.3, 142 II 218 c. 2.8.1). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 c. 2.8.1). Ainsi, lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation de ce droit a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (ATF 143 IV 380 c. 1.4.1). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 c. 2.8.1, 137 I 195 c. 2.3.2, 133 I 201 c. 2.2).

**2.3** Le règlement concernant les élections et les votations aux urnes de la commune de Moutier de 2002 (ci-après: le règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes) prévoit, à son art. 17, que s'agissant du matériel de vote, celui-ci est trié, mis en paquet, placé sous scellés ou plombé et conservé en lieu sûr avec un double du procès-verbal et sert de preuve en cas de procédure de recours en matière communale ou de nouveau comptage officiel. En ce qui concerne précisément la votation

litigieuse, l'arrêté du Conseil-exécutif du 25 janvier 2017 (ACE n° 65/2017, ci-après: l'arrêté du 25 janvier 2017) qui est fondé lui-même sur l'art. 8 de la loi cantonale du 26 janvier 2016 sur l'organisation de votations relatives à l'appartenance cantonale de communes du Jura bernois (LAJB, RSB 105.233) et l'art. 8 al. 5 de l'ordonnance cantonale du 4 septembre 2013 sur les droits politiques (ODP cantonale, RSB 141.112), stipule que le jour du scrutin, dès la fin du dépouillement, la commune de Moutier emballe par paquets distincts et scelle toutes les cartes de légitimation et tous les bulletins de vote rentrés, puis transmet ces paquets de documents à la Préfecture de l'arrondissement administratif du Jura bernois (ch. 5 arrêté du 25 janvier 2017).

**2.4** Dans la mesure où les cartons étaient en sa possession en raison des dispositions susmentionnées (c. 2.3 ci-dessus) et de son pouvoir de surveillance en matière de votations communales (art. 34 ODP cantonale), la Préfecture était en droit d'ouvrir les cartons contenant les bulletins de vote. Toutefois, du fait que les urnes avaient été scellées avant leur remise à la Préfecture, il aurait convenu de formaliser leur ouverture, par exemple en présence de témoins et par la tenue d'un procès-verbal d'ouverture. De plus, dans le cadre de l'instruction des recours pendants, il revenait, à tout le moins, à l'autorité précédente d'informer les parties de cette mesure comme le responsable des observateurs fédéraux délégués à Moutier l'avait d'ailleurs demandé (n° 7-2017 vol. VII p. 1323).

Quoi qu'il en soit, même si l'on devait admettre une violation du droit d'être entendue de la recourante n° 2 s'agissant de l'ouverture des cartons, il faudrait reconnaître que ce vice a été réparé par la présente procédure. En effet, il était loisible à la recourante n° 2 de prendre connaissance du contenu des cartons dès l'introduction de son recours devant le TA. Celui-ci lui a d'ailleurs fait parvenir le 30 avril 2019, suite à la demande du 29 avril 2019 de la recourante n° 2, la liste des citoyennes et citoyens de Moutier ayant voté le 18 juin 2017, soit un document figurant dans les cartons. Par ailleurs, un renvoi à l'autorité inférieure pour correction de ce vice ne constituerait qu'une vaine formalité, compte tenu de la position confirmée par préavis de la Préfecture, et provoquerait un rallongement inutile de la procédure. En outre, il irait à l'encontre des intérêts des parties à une

solution du litige au fond et ce, d'autant plus que la recourante n° 2 exclut elle-même le renvoi auprès de l'autorité précédente.

Au vu de ce qui précède, la demande préjudicielle de la recourante n° 2 visant à l'élimination du dossier du contenu des cartons contenant le matériel de vote doit être rejetée.

**2.5** Le grief, selon lequel la Préfecture n'aurait pas traité certains arguments soulevés par la recourante n° 2 dans ses répliques et différents courriers intervenus après le mémoire de réponse, est également infondé. En effet, dans sa décision sur recours litigieuse, la Préfecture a mentionné de manière détaillée, pour chacun des griefs, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision sur recours. On ne saurait ainsi lui reprocher de n'avoir pas traité tous les arguments ou moyens de preuves avancés par les parties et ce d'autant plus, au vu de l'ampleur du dossier ainsi que du nombre d'arguments et moyens de preuves soulevés par les parties. Dans ce cadre, aucune violation du droit d'être entendu ne peut ainsi être reprochée à la Préfecture.

### **3. Recevabilité des recours déposés devant la Préfecture**

**3.1** Les recourants remettent en cause la recevabilité des recours relatifs au courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'école à journée continue (ci-après: EJC; n° 7-2017), au courrier du maire de la commune de Moutier, M. Winistoerfer, aux enseignants (n° 8-2017), au registre des électeurs (n° 11-2017) et à l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017), tous déposés devant la Préfecture. Ils estiment que cette dernière aurait dû constater leur irrecevabilité et ne pas entrer en matière. La Préfecture indique que les conditions de forme des recours prescrites par la loi ont été respectées, étant entendu que les recourants devant la Préfecture ne sont pas juristes et qu'il convient de ne pas se montrer trop sévère dans l'appréciation des exigences de forme. Elle ajoute que la volonté des recourants était suffisamment compréhensible, si bien qu'elle n'a pas jugé nécessaire de renvoyer leurs recours pour complément.

**3.2** Aux termes de l'art. 32 al. 2 LPJA, les écrits des parties doivent contenir les conclusions, l'indication des faits, moyens de preuve et motifs et porter une signature. Ainsi, pour être recevable, un recours doit comprendre un bref exposé des faits, des conclusions (ce que la personne demande) et les motifs à l'appui de celles-ci (raisons pour lesquelles la personne n'est pas d'accord avec la décision ou l'acte attaqué). Le degré d'exigence dépend des circonstances du cas d'espèce et les exigences formelles doivent permettre un traitement efficace et rapide de l'écrit par l'autorité (MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 80). L'autorité doit être en mesure de reconnaître ce qui est demandé par les parties. Le degré de formalité dépend de la personne qui a rédigé le mémoire de recours. Ainsi, les autorités ne doivent pas être trop exigeantes vis-à-vis d'un non juriste et elles doivent éventuellement se renseigner auprès de lui pour cerner la portée de sa demande (MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 80; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 32 n. 10). Les autorités peuvent toutefois attendre une certaine diligence de la part d'un administré. Il est nécessaire qu'elles puissent comprendre pour quelle(s) raison(s) et dans quelle mesure une décision devrait être modifiée ou annulée. Le seul fait de qualifier la décision attaquée d'insoutenable n'est pas une motivation d'un recours suffisante, même de la part d'une personne non versée dans le droit (JAB 2006 p. 470 c. 2.4.3; MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 81).

Selon l'art. 33 al. 1 LPJA, l'autorité renvoie les écrits peu clairs, incomplets, qui contreviennent aux bonnes mœurs ou qui sont inconvenants, ceux qui ne sont pas rédigés dans une des deux langues officielles ou qui le sont dans une langue officielle incorrecte pour qu'ils soient corrigés ou traduits. A cet effet, l'autorité impartit un bref délai supplémentaire en précisant que si l'écrit n'est pas produit à nouveau dans ce délai, il sera tenu pour retiré (art. 33 al. 2 LPJA). Les corrections sont également possibles pour des écrits dont la production est soumise à un délai déterminé (délai de recours). Cependant, les conclusions et les motifs doivent en tous les cas être indiqués dans ce délai (art. 33 al. 3 LPJA). Dès lors, si un recours dont la motivation ou les conclusions sont insuffisantes parvient à l'instance de recours le dernier jour ou l'avant-dernier jour du délai de recours, un délai supplémentaire au sens de l'art. 33 al. 2 LPJA est exclu pour corriger les vices relatifs aux conclusions et aux motifs du recours (JAB 2006 p. 470

c. 3). En revanche, si la correction de ce vice est encore possible dans le délai de recours, l'administré ne doit pas être désavantagé juridiquement pour ce motif et l'autorité doit le rendre attentif à l'insuffisance de son recours (MARKUS MÜLLER, *op. cit.*, p. 81-82).

### **3.3 Recevabilité du recours du 30 mai 2017 devant la Préfecture contre le courrier du 23 mai 2017 de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)**

**3.3.1** Les recourants contestent la recevabilité du recours du 30 mai 2017 contre le courrier du 23 mai 2017 de la commune de Moutier envoyé aux parents concernés par l'EJC. Ils font principalement valoir que le recours ne contient aucune conclusion mais, essentiellement, des questions à l'attention de l'autorité qui ne sauraient être assimilées à des conclusions (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). En outre, selon les recourants, l'acte ne conteste pas le courrier du 23 mai 2017 ni ne demande sa rectification ou son annulation, ne contient aucun moyen de preuve ni ne motive une violation des droits politiques (recourante n° 2).

**3.3.2** Le courrier déposé le 30 mai 2017 par un groupe de 14 citoyennes et citoyens (dont les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14) comporte l'en-tête suivant: "*Recours relatif à la lettre de la Municipalité de Moutier du 23 mai 2017*". Dans leur introduction, les intimés indiquent cosigner "*un recours à l'encontre de la Municipalité de Moutier*", puis expliquent leurs raisons. A la lecture de leur écrit, il est aisément compréhensible qu'ils s'en prennent au courrier du 23 mai 2017 de la recourante n° 2 et qu'ils veulent former un recours à son encontre. Par conséquent, cet acte doit être considéré comme un recours formé contre le courrier de la commune de Moutier susmentionné. S'il est vrai que les intimés, dans leur acte, "*s'interrogent*" au sujet du contenu du courrier et posent des questions d'ordre général, il n'en demeure pas moins qu'ils expriment leur opinion en affirmant que "*[...] si des assertions fausses et trompeuses ont été émises, de nature à fausser le processus de formation de l'opinion du corps électoral, il est alors du devoir de l'autorité communale de rétablir la vérité.*" Puis ils poursuivent: "*Or, dans la lettre précitée, la Municipalité de Moutier ne fait que répéter l'engagement du Gouvernement jurassien à propos de l'Ecole à journée continue, aucun fait nouveau n'est révélé. Nous assistons donc à une*

*propagande politique qui n'a pas lieu d'être de la part de l'autorité communale et nous la dénonçons*". En d'autres termes, les intimés critiquent le comportement de la commune de Moutier et considèrent que celle-ci s'est livrée à de la propagande politique. Ils demandent donc (conclusion au moins implicite) à l'autorité préfectorale de prendre des mesures pour parer à cette propagande politique qui viole leurs droits politiques (puisque, selon eux, elle n'a pas lieu d'être de la part de l'autorité communale). Ainsi, s'agissant de personnes non versées dans le droit, l'autorité précédente pouvait considérer que le recours du 30 mai 2017 remplissait les conditions minimales de forme d'un recours, dans la mesure où les intimés ont, de manière suffisante, manifesté leur désaccord avec le courrier de la commune de Moutier du 23 mai 2017, ainsi que leur volonté d'empêcher l'influence de ce dernier sur le corps électoral. On ne saurait en tous les cas reprocher à la Préfecture une violation du droit. Les conclusions déposées par le mandataire des intimés dans leur réplique du 23 novembre 2017 précisent les conclusions implicites de leur recours du 30 mai 2017. En ce sens, il ne s'agit pas de conclusions nouvelles qui devraient être déclarées irrecevables comme le fait valoir à tort la recourante n° 2.

**3.3.3** En tout état de cause, même à considérer que les intentions des intimés n'étaient pas suffisamment claires, cela ne conduirait pas d'emblée à l'irrecevabilité du recours du 30 mai 2017, eu égard à l'obligation pour l'autorité de donner la possibilité à l'administré de corriger un acte vicié (voir c. 3.2 ci-dessus). En effet, le courrier de la commune de Moutier contesté par les intimés est daté du mardi 23 mai 2017 et a donc été reçu au plus tôt par ses destinataires le mercredi 24 mai 2017. Le délai de recours de dix jours (acte préparatoire, art. 67a al. 3 LPJA) arrivait à échéance au plus tôt le samedi 3 juin 2017, délai reporté au mardi six juin 2017 (art. 41 al. 2 LPJA, le lundi 5 juin 2017 étant le lundi de Pentecôte). Les intimés ont déposé leur recours le 30 mai 2017 et l'autorité précédente l'a reçu au plus tôt le mercredi 31 mai 2017 (le timbre de la Préfecture du 30 mai 2017 paraît douteux au vu de l'envoi attesté ce même jour). La Préfecture se devait ainsi de rendre les recourants devant elle attentifs aux (éventuels) vices de leur recours quant aux motifs et conclusions et leur offrir la possibilité de les corriger jusqu'au terme du délai de recours (au

minimum 6 jours, soit plus de la moitié du délai de recours). Faute d'avertissement dans ce sens, le recours ne pouvant simplement être déclaré irrecevable après l'échéance du délai de recours.

### **3.4 Recevabilité de l'écrit du 3 juin 2017 adressé à la Préfecture contre le courrier du 25 mai 2017 du maire de la commune de Moutier aux enseignants (n° 8-2017)**

**3.4.1** Les recourants contestent la recevabilité de l'écrit du 3 juin 2017 dirigé contre le courrier du 25 mai 2017 du maire de la commune de Moutier envoyé aux enseignants. Ils font principalement valoir que l'écrit ne contient aucune conclusion (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Par ailleurs, pour les recourants, l'acte ne conteste pas le courrier du 25 mai 2017 ni ne demande sa rectification ou son annulation, ne contient aucun moyen de preuve ni ne motive une violation des droits politiques, mais mentionne une prétendue transgression à un code de déontologie (recourante n° 2). Ils contestent également le fait que l'écrit soit dirigé non pas contre la commune de Moutier comme il aurait dû l'être, mais contre son maire (recourants n<sup>os</sup> 3-8). La Préfecture n'a pas spécifiquement motivé sa position sur ce point dans sa décision sur recours du 2 novembre 2017.

**3.4.2** Le courrier du 3 juin 2017, cosigné par un groupe de cinq citoyennes et citoyens (dont les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14), énonce dans son titre un "*Recours à l'encontre de Monsieur Marcel Winistoerfer con[c]jernant sa lettre du 25 mai 2017 aux enseignants prévôtois*". Cet acte est dirigé contre M. Winistoerfer, maire de Moutier, mais également enseignant de profession, et non contre la commune de Moutier. Les recourants devant la Préfecture y reprochent à M. Winistoerfer la transgression d'un code de déontologie appliqué dans le milieu scolaire mais ne lui font pas grief, dans le cas particulier, d'une tentative d'influence des électeurs ou de propagande politique, pas plus qu'ils n'invoquent que les propos retenus seraient subjectifs, faux, trompeurs ou propres à influencer le corps électoral de manière inadmissible. Il n'est pas non plus fait référence de manière claire ou implicite à la votation litigieuse ni à une quelconque violation des droits politiques. Certes, les recourants devant la Préfecture critiquent le comportement de M. Winistoerfer, mais les reproches sont dirigés contre la présence de débats ou discussions politiques dans le

milieu scolaire. Il semble donc que leur volonté était d'empêcher les débats politiques dans ce cadre. Cet acte, bien que rédigé par des personnes non versées dans le droit, s'apparente à un dépôt de plainte dénonçant le comportement d'un enseignant, plutôt qu'à un recours en matière de droits politiques contre un acte visant à influencer l'opinion politique. Il ne pouvait dès lors, en l'état, être considéré comme un recours en matière de votation, faute d'une intention manifestée, ne serait-ce qu'implicitement, dans ce sens. Tout au plus pourrait-on se poser la question de savoir si cet acte n'aurait pas dû être transmis d'office aux autorités scolaires de surveillance (art. 23 de la loi cantonale du 20 janvier 1993 sur le statut du corps enseignant [LSE, RSB 430.250]).

**3.4.3** Si, contrairement à ce qui précède, on devait admettre que cet acte recelait une intention (implicite) de recourir en matière de votation, la Préfecture ne pouvait considérer qu'il contenait des conclusions et des motifs suffisants en lien avec la votation litigieuse. Elle ne pouvait y déceler des conclusions tendant à empêcher une éventuelle propagande politique relative à la votation du 18 juin 2017 ou tendant encore au report ou à l'annulation du scrutin. L'écrit du 3 juin 2017 ne respectait en tout cas pas les exigences de forme de l'art. 32 al. 2 LPJA. C'est donc à tort que la Préfecture a considéré que ce courrier constituait en l'état un recours recevable en matière politique contre un acte préparatoire. De plus, dans leur mémoire de réponse du 8 février 2019 (p. 17), les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 ont affirmé que le délai de recours arrivait à échéance le lundi 5 juin 2017. Même si l'on tient compte du fait qu'il s'agissait là du lundi de Pentecôte et que le délai arrivait ainsi à échéance le mardi 6 juin 2017, il faut admettre que la Préfecture, ayant reçu cet écrit ce même jour (soit le 6 juin 2017), ne pouvait plus inviter les auteurs du courrier à préciser leur intention et, en cas de volonté de recourir contre le courrier du 25 mai 2017 en tant qu'acte préparatoire, à corriger les vices de leur écrit en formulant des conclusions et des motifs dans le délai légal de recours de dix jours. Un délai supplémentaire ne pouvait en aucun cas être imparti à cet effet (art. 33 al. 3 LPJA, voir c. 3.2 ci-dessus). Les vices affectant l'écrit du 6 juin 2017, pour autant que celui-ci puisse même être considéré comme un recours, n'étaient dès lors plus corrigibles.

**3.4.4** Les intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 se réfèrent à la jurisprudence selon laquelle les recours contre des actes préparatoires contiennent des conclusions implicites tendant à l'annulation du scrutin (voir JAB 2017 p. 459 c. 3.4.1 et les références tant fédérales que cantonales citées) pour faire valoir que le recours du 3 juin 2017 susmentionné, dans la mesure où il n'a pas été tranché avant le scrutin litigieux et que l'effet suspensif a été retiré par décision incidente, contenait une conclusion implicite en annulation du scrutin. Cet argument ne saurait être retenu. La jurisprudence susmentionnée suppose en tous les cas que le recours contre un acte préparatoire ait été valablement déposé. Le but est en effet uniquement de dispenser celui qui a (valablement) recouru contre un acte préparatoire de formuler un second recours contre la votation ou l'élection si son premier recours n'a pas encore été traité avant la date du scrutin. En tout état de cause et comme l'ont correctement souligné les recourants (recourante n° 2), cette jurisprudence n'a nullement pour but de combler des lacunes relatives à la recevabilité des recours interjetés contre des actes préparatoires. Or, il ressort de ce qui précède (voir c. 3.4.2 ci-dessus) que l'écrit des intimés ne pouvait être considéré comme un recours et ne respectait en tout cas pas les exigences formelles. Il était, en l'état, irrecevable en tant que recours en matière politique.

### **3.5 *Recevabilité du recours du 15 juin 2017 devant la Préfecture relatif à la tenue du registre des électeurs (n° 11-2017)***

**3.5.1** Les recourants contestent la recevabilité du recours du 15 juin 2017 devant la Préfecture relatif à la consultation du registre des électeurs. En substance, ils font valoir que le recours ne contient aucune conclusion (recourante n° 2). Par ailleurs, pour les recourants, l'acte ne conteste pas le registre des électeurs, ne requiert pas de mesures particulières et ne contient aucun moyen de preuve ni aucune signature sur l'acte de recours (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Sont particulièrement critiquées les allégations insuffisantes qui ne permettraient pas, selon les recourants, de constituer la motivation d'un recours (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Les recourants avancent, notamment que les recourants devant la Préfecture n'ont soulevé aucune irrégularité et se sont limités à demander des garanties (recourante n° 2). Les recourants estiment par ailleurs que les recourants devant la

Préfecture auraient dû requérir la radiation des personnes mentionnées dans leur écrit par le biais de la voie de droit prévue aux articles 15 ss de l'ordonnance cantonale du 10 décembre 1980 concernant le registre des électeurs (ORE, RSB 141.113) et dans le délai prévu à l'art. 15 al. 2 ORE, soit avant le cinquième jour précédant une votation (recourants n<sup>os</sup> 2, 3-8 et 147-149). De l'avis des recourants, les auteurs de l'écrit ne remettent pas en cause la tenue du registre des électeurs en tant que telle, mais mettent en doute la régularité de certaines inscriptions (recourante n°2).

### 3.5.2

**a)** Selon l'art. 34 al. 2 Cst., la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyennes et citoyens et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. De cette garantie découle notamment le droit d'exiger qu'aucun résultat ne soit reconnu s'il n'exprime pas la libre volonté du corps électoral (ATF 141 I 221 c. 3.2 et les références citées; arrêt TF 1C\_338/2018 du 10 avril 2019 [destiné à la publication] c. 2.1). Le TF a retenu que le résultat d'une votation n'est l'expression fidèle et sûre de la libre volonté des citoyennes et citoyens que si le « peuple » en tant qu'organe institutionnel est régulièrement constitué (ATF 116 la 359 c. 3a; JAB 2011 p. 529 c. 2.2; BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge - L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, 2008, p. 187; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2016, p. 664 n. 4 [cité ci-après: PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht*]). Ainsi, la liberté de vote garantit la composition exacte du corps électoral et la protège sous deux aspects. D'une part, l'autorité est obligée de contrôler que les participants aux votations ont l'exercice des droits politiques. La liberté de vote comprend ainsi la faculté d'exiger que soient exclus des opérations électorales les citoyennes et citoyens non autorisés à exercer leurs droits politiques. D'autre part, les citoyennes et citoyens actifs doivent pouvoir effectivement participer aux scrutins lorsqu'ils le désirent (BÉNÉDICTE TORNAY, *op. cit.*, p. 187).

**b)** La composition du corps électoral fait l'objet d'un registre des électeurs. Ce registre doit être tenu dans chaque commune du canton. Le registre électoral atteste ainsi de l'aptitude des citoyennes et citoyens à être membres du corps électoral (JEAN MORITZ, *La garantie des droits politiques*

*dans le canton du Jura et dans ses communes [questions choisies]* in: Revue jurassienne de jurisprudence [RJJ], 2017, p. 13 ss [22]). A l'inverse, seules peuvent exercer leur droit de vote les personnes qui sont inscrites au registre électoral (art. 39 al. 1 de la loi cantonale du 5 juin 2012 sur les droits politiques [LDP cantonale, RSB 141.1]). Toute inscription ou radiation y est portée d'office au fur et à mesure (art. 39 al. 3 LDP cantonale). Selon l'art. 15 al. 1 let. c ORE, les ayants droit au vote peuvent, motifs à l'appui, demander, dans les affaires dans lesquelles ils jouissent eux-mêmes du droit de vote, que l'inscription d'un tiers dans le registre des électeurs soit radiée, et que l'incapacité de tiers à exercer une fonction ou une charge soit mentionnée dans le registre des électeurs. Les ayants droit au vote ont le droit de demander la rectification du registre des électeurs jusqu'au cinquième jour précédant une votation ou une élection (art. 15 al. 2 ORE). Ils peuvent présenter une requête au sens de l'art. 15 ORE, en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant dûment mandaté (art. 16 al. 1 ORE). Le service chargé de la tenue du registre des électeurs donne connaissance aux tiers intéressés des requêtes déposées. Il leur octroie un délai de dix jours pour le dépôt d'une réponse écrite (art. 16 al. 2 ORE).

**3.5.3** Le recours du 15 juin 2017, cosigné par un groupe de six citoyennes et citoyens (dont les intimés n<sup>os</sup> 2 et 12-14), est intitulé: "*Recours relatif au registre des électeurs des ayants droit au vote de Moutier*". Cet acte est dirigé contre la commune de Moutier. Il y est indiqué que, lors de la consultation dudit registre par deux des intimés, quelques points auraient attiré leur attention, soit notamment la présence sur la liste de personnes décédées ou n'étant pas domiciliées à Moutier. A ce titre, ils citent les noms de trois personnes, en s'interrogeant sur la validité du registre des ayants droit de la commune de Moutier, et demandent à la Préfecture de contrôler si toutes les personnes figurant sur la liste des électeurs arrêtée au 13 juin 2017 ont le droit de vote en matière communale à Moutier. En d'autres termes, ils concluent implicitement à ce que la Préfecture prenne toutes les mesures utiles pour contrôler que le registre des électeurs soit correct et reflète scrupuleusement la composition du corps électoral. Il ressort très clairement du recours la volonté, non pas de faire radier du registre les personnes citées dans courrier des intimés, mais bien plutôt de faire contrôler l'entier du registre électoral. Les noms

mentionnés par les intimés dans leur courrier ne sont cités qu'à titre d'exemples pour étayer les prétendues irrégularités, partant la prétendue inexactitude du registre, et motiver leur demande. En ce sens, ils constituent des allégations suffisamment précises pour motiver un recours (contrairement à l'avis des recourants n<sup>os</sup> 3-8). Au moment de l'introduction de cet écrit, les auteurs n'étaient pas en mesure de conclure à l'annulation de la votation litigieuse puisque celle-ci n'avait pas encore eu lieu (contrairement à l'avis de la recourante n° 2). Ils sollicitaient un contrôle du registre des électeurs avant la votation, afin que celle-ci soit le véritable reflet de la volonté populaire. On ne saurait ainsi considérer que l'intention des intimés était de faire radier les personnes au sens de l'art. 15 al. 1 let. c ORE, mais bien plutôt de demander un contrôle du registre des électeurs visant à s'assurer que le corps électoral appelé à s'exprimer lors de la votation litigieuse soit valablement constitué au sens de l'art. 34 Cst. Le TA a déjà eu l'occasion de mentionner qu'en ce qui concerne la composition exacte du corps électoral, un recours peut en principe être interjeté en tout temps (JAB 2005 p. 289 c. 4). Certes, la voie de droit de l'art. 15 ORE est possible jusqu'au cinquième jour précédant une votation, mais celle-ci n'empêche pas les administrés de déposer un recours en matière de votation. Les intimés n'avaient ainsi pas à respecter le délai prévu par l'art. 15 al. 2 ORE, contrairement à ce que soutiennent les recourants (recourants n<sup>os</sup> 2, 3-8 et 147-149). Partant, la requête préjudicielle de la recourante n° 2 tendant à l'élimination du dossier de toutes les demandes de renseignements effectuées par la Préfecture, ainsi que les réponses y relatives, doit être rejetée.

Les conclusions et les motifs du recours, s'agissant de personnes non versées dans le droit, étaient aisément compréhensibles et suffisantes au sens de la loi (art. 32 LPJA). Leur recours en matière de votation selon l'art. 67a al. 3 LPJA était donc bien recevable, puisque tant leurs conclusions que leurs motifs ont été déposés à temps auprès de l'autorité compétente. Les conclusions formulées par le mandataire des intimés dans leur réplique du 23 novembre 2017 précisent les conclusions implicites de leur recours du 15 juin 2017. En ce sens, il ne s'agit pas de conclusions nouvelles qui devraient être déclarées irrecevables comme le fait valoir la recourante n° 2.

**3.5.4** Quoi qu'il en soit, même à considérer que le recours du 15 juin 2017 ne contenait pas de conclusions ou motifs suffisants, ce dernier devrait dans tous les cas être considéré comme recevable eu égard à l'obligation pour l'autorité de donner la possibilité à l'administré de corriger un acte vicié (voir c. 3.2 ci-dessus). La consultation du registre électoral s'est déroulée le 14 juin 2017, de sorte que le délai de recours de dix jours arrivait à échéance après le jour du scrutin (18 juin 2017). Dans ces conditions et selon l'art. 67a al. 3 LPJA, le délai de recours de 30 jours dès la votation est applicable et arrivait à échéance le 17 juillet 2017. La Préfecture ayant reçu le courrier le vendredi 16 juin 2017, elle se devait de toute manière de rendre les recourants attentifs à d'éventuels vices de leur recours (même afférents aux conclusions et motifs), vices qu'il était encore largement possible de corriger dans le délai légal de recours.

**3.5.5** Les recourants dénoncent l'absence de signatures sur le recours (celles-ci figurant sur une page annexe; recourants n<sup>os</sup> 3-8).

Comme cela a été mentionné plus haut, la LPJA prévoit que les écrits des parties doivent notamment porter une signature (voir c. 3.2 ci-dessus). La loi ne précise cependant pas si la signature doit figurer sur l'acte de recours ou si, comme en l'espèce, une feuille annexe contenant les signatures suffit. Bien que par le passé, le TF admettait que l'exigence de la signature était satisfaite lorsque la lettre d'accompagnement était signée (ATF 83 II 510 c. 1, 60 I 76), ou même simplement si la signature était apposée au verso de l'enveloppe contenant l'acte (ATF 106 IV 65 c. 1), notre Haute Cour paraît être désormais plus stricte et exige une signature sur l'acte de recours lui-même (LAURENT MERZ, *Basler Kommentar - Bundesgerichtsgesetz*, 2018, art. 42 n. 36 et la jurisprudence citée, notamment arrêt TF 6P.150/2004 du 25 janvier 2005 c. 1 qui en explique les raisons). Cette question peut toutefois ici rester indécise. En effet, l'absence de signature est en droit administratif bernois un vice corrigible, en ce sens qu'un bref délai supplémentaire doit en tous les cas être imparti en vue de sa correction (art. 32 al. 2 et 33 al. 1 et 2 LPJA; JAB 2000 p. 193 c. 1b; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 32 n. 16 et les références citées). Dans cette hypothèse, il aurait appartenu à la Préfecture de renvoyer l'acte aux intimés en les invitant à déposer, dans un bref délai

supplémentaire, un nouveau recours muni de leurs signatures manuscrites sur le recours. Par conséquent, on ne saurait considérer le recours du 16 juin 2017 relatif au registre des électeurs comme irrecevable pour ce seul motif.

**3.5.6** Les recourants font valoir que le complément au recours déposé le 30 juin 2017 serait tardif puisque hors délai de recours et qu'il ne contiendrait ni conclusion, ni motivation suffisante (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

Comme cela a été mentionné précédemment (voir c. 3.5.4 ci-dessus), le délai de recours n'était pas de dix, mais de 30 jours. En déposant leur complément le 30 juin 2017, les intimés ont donc respecté le délai de recours. En tout état de cause, les noms figurant sur le complément ne sont que des exemples de personnes qui seraient, selon les intimés, en situation de domiciliation fictive, si bien que ces nouveaux faits s'inscrivent dans le prolongement de la motivation du recours. A teneur de l'art. 25 LPJA, les parties peuvent alléguer de nouveaux faits et moyens de preuve en cours de procédure tant que la décision, la décision sur recours ou le jugement n'ont pas été rendus ou que l'administration des preuves n'a pas été formellement close par une ordonnance de l'autorité qui dirige la procédure. Conformément à sa lettre et à sa systématique, cette disposition légale s'applique tant à la procédure administrative qu'à la procédure de justice administrative (procédures de recours et d'action; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 25 n. 19). Ces nouveaux faits, allégués dans le délai de recours et avant la clôture de l'administration des preuves, étaient partant recevables.

### **3.6 *Recevabilité du recours du 16 juin 2017 devant la Préfecture contre l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)***

**3.6.1** Les recourants remettent en cause la recevabilité du recours du 16 juin 2017 contre l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par le maire de la commune de Moutier. Ils font principalement valoir que le recours ne contient aucune conclusion (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Par ailleurs, pour les recourants, l'acte ne conteste pas l'éditorial, ni ne requiert de mesures particulières et ne contient aucun moyen de preuve ou motivation

(recourante n° 2). Ils critiquent l'absence de signature sur le recours et le fait que certains intimés soient considérés comme des personnes non versées dans le droit (recourants n<sup>os</sup> 3-8).

**3.6.2** Le recours cosigné par un groupe de quatre citoyennes et citoyens (intimés n<sup>os</sup> 2 et 12-14) est intitulé: "*Recours relatif à l'éditorial du magazine "Moutier.ch" de juin 2017*". Leur acte est dirigé contre la commune de Moutier et son maire, M. Winistoerfer. Les recourants devant la Préfecture dénoncent les propos de M. Winistoerfer dans l'éditorial, puisqu'ils les considèrent comme une action de propagande visant à inviter la population de Moutier à voter pour le transfert de Moutier dans le canton du Jura. Ils critiquent particulièrement le fait que M. Winistoerfer utilise son rôle de maire pour appuyer ses arguments et ce, dans le cadre d'un journal officiel qui doit être objectif et neutre, selon les recourants devant la Préfecture. D'après eux, ces éléments seraient de nature à fausser le processus de formation de l'opinion du corps électoral. Il ressort de l'acte en question qu'ils mentionnent un "*recours*", ainsi que le contexte dans lequel celui-ci est déposé ("*quelques jours avant le scrutin*"). A la lecture des arguments des recourants devant la Préfecture et compte tenu du fait qu'ils ont rédigé ce recours très peu de temps avant la votation litigieuse (deux jours avant), il est patent qu'ils demandent, à tout le moins implicitement, à la Préfecture de statuer sur le rôle que pourraient jouer les propos du maire dans la formation de l'opinion du corps électoral. On ne saurait considérer que le fait de laisser à l'autorité le soin de donner un effet juridique à leur courrier constitue un abus de droit de la part des recourants devant la Préfecture. Comme indiqué plus haut, il y a lieu de tenir compte du courrier dans sa globalité afin d'en cerner les conclusions implicites. Par conséquent, s'agissant de personnes non versées dans le droit, aussi bien la motivation du recours (prétendue propagande du maire dans un journal officiel ou prétendus propos subjectifs) que la conclusion implicite sont suffisamment compréhensibles pour satisfaire aux exigences légales minimales en matière de motifs et de conclusions.

Il résulte de ce qui précède que c'est avec raison que l'autorité précédente a considéré que le recours du 16 juin 2017 remplissait les conditions minimales de forme d'un recours (s'agissant de personnes non versées

dans le droit), dans la mesure où les recourants devant la Préfecture ont, de manière suffisante, manifesté leur désaccord avec l'éditorial du magazine "Moutier.ch" ainsi que leur volonté de faire constater l'influence qu'a eu ce dernier sur la formation de l'opinion du corps électoral. La Préfecture n'a donc pas statué *ultra petita*, ni même violé ou excédé son pouvoir d'appréciation (recourants n<sup>os</sup> 3-8). Les conclusions déposées par le mandataire des intimés dans leur réplique du 23 novembre 2017 précisent les conclusions implicites de leur recours du 15 juin 2017. En ce sens, il ne s'agit pas de conclusions nouvelles qui devraient être déclarées irrecevables comme le fait valoir à tort la recourante n° 2.

**3.6.3** Quoi qu'il en soit et même s'il y avait lieu de considérer que les conclusions et motifs n'étaient pas suffisants pour respecter les exigences légales (voire même que les signatures auraient dû être corrigées dans le sens indiqué plus haut, voir c. 3.5.5 ci-dessus), le recours devrait malgré tout être considéré comme recevable puisque la Préfecture se devait, dans cette hypothèse, d'inviter les recourants devant elle à corriger les prétendus vices (motifs, conclusions) jusqu'au terme du délai de recours de 30 jours dès le scrutin, voire même d'accorder un délai supplémentaire pour corriger l'absence de signatures suffisantes. Il est renvoyé pour le surplus à ce qui a été mentionné plus haut concernant l'application de l'art. 67a al. 3 LPJA ainsi que du délai de recours de 30 jours pour corriger les vices relatifs aux conclusions et motifs (c. 3.2 et 3.5.4 ci-dessus) et à la signature (c. 3.5.5 ci-dessus).

**3.6.4** Les recourants n<sup>os</sup> 3-8 font valoir que les recourantes devant la Préfecture, soit les intimées n<sup>os</sup> 12 et 14, ne pouvaient être considérées comme des laïques (personnes non versées dans le droit), dans la mesure où la première a été députée au Grand Conseil bernois de 2000 à 2002, soit lors de l'élaboration de la LPJA, ainsi qu'élue au sein du Conseil municipal (exécutif) de la commune de Moutier, et que la seconde a été membre du Conseil du Jura bernois (CJB). Pour les intimés, ces personnes sont à même de connaître et d'appliquer les règles de la LPJA.

**a)** Le TA a récemment jugé qu'un fiduciaire non juriste ne devait pas être considéré comme un laïc dans le cas où une décision sur recours était viciée en raison d'une indication de date erronée (document antidaté) et

d'une mention d'une fausse échéance du délai de recours (JAB 2018 p. 79 c. 4.3). Dans la mesure où le fiduciaire concerné avait été désigné comme représentant des parties pour toutes les questions fiscales (en particulier procédures de taxation, de réclamation et de recours), il agissait selon les règles idoines en matière fiscale comme un mandataire au sens de l'art. 394 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (droit des obligations; CO RS 220) et était tenu d'exécuter son contrat avec diligence. Ce faisant, il devait connaître les lois topiques, la jurisprudence publiée et la littérature standard. Le TA a estimé qu'on pouvait s'attendre à ce qu'un fiduciaire qui mène des procédures administratives et judiciaires en matière fiscale soit familiarisé avec les dispositions législatives pertinentes concernant les délais de recours et le délai dans ce domaine, même s'il n'est pas juriste de profession (JAB 2018 p. 79 c. 4.3).

**b)** En l'espèce, le simple fait que les intimées n<sup>os</sup> 12 et 14 aient siégé au Grand Conseil bernois, au Conseil municipal ou au CJB n'est pas déterminant. En effet, bien que le Grand Conseil bernois édicte les lois et les décrets (notamment), les députés ne connaissent pas nécessairement la jurisprudence ou la doctrine relative aux différents articles de loi et à leur application, en particulier la jurisprudence ou doctrine relative à la motivation d'un recours et ses conclusions. On ne saurait exiger d'une politicienne ou d'un politicien, ayant siégé au moment de l'adoption d'une loi, qu'ils aient les mêmes connaissances juridiques qu'un ou une juriste de profession. Au contraire du fiduciaire concrètement concerné par la jurisprudence susmentionnée (JAB 2018 p. 79), les députés et députées du Grand Conseil ou les membres de l'exécutif d'une commune ne sont pas nécessairement appelés à mener des procédures administratives et judiciaires. S'agissant de l'intimée n<sup>o</sup> 14 qui est membre du CJB depuis 2015, on ne voit pas pour quelle raison celle-ci aurait à connaître et à appliquer la LPJA au vu de la fonction de participation politique du CJB (voir art. 31 de la loi cantonale du 13 septembre 2004 sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone du district bilingue de Bienne [LStP, RSB 102.1]). Du reste, les recourants n<sup>os</sup> 3-8 n'exposent pas en quoi l'intimée n<sup>o</sup> 14 devrait connaître et appliquer la LPJA de par son rôle au sein du CJB. Par ailleurs, la LPJA a été votée et acceptée par le Grand Conseil bernois le 23 mai 1989, soit plus de dix ans avant l'entrée

en fonction de l'intimée n° 12 qui y a siégé du 25 août 1999 au 31 mai 2002 (voir site internet du Grand Conseil bernois). La première version de la LPJA prévoyait déjà, à son art. 32, que les écrits des parties "*doivent contenir les conclusions, l'indication des faits, moyens de preuve et motifs et porter une signature; [...]*" et l'art. 33 al. 3 LPJA était formulé de manière identique à la version actuelle (recueil officiel bernois [ROB] 1989 p. 293). Aucune modification de ces deux articles n'ayant été adoptée durant le mandat de l'intimée n° 12 (voir ROB des années 1999 à 2002), l'argument des recourants tombe à faux.

**c)** A toutes fins utiles, on précisera encore que la question de savoir si une partie recourante est versée en droit ou non revêt de l'importance dans celle tendant à déterminer si son écrit respecte les formes minimales prévues ou si elle peut se fier à des indications (notamment la voie de droit) des autorités. Cette question n'est toutefois pas déterminante quant à l'obligation de l'autorité de rendre une partie recourante attentive aux vices de son recours et à la possibilité de les corriger dans le délai légal de recours (pour les motifs et les conclusions) ou dans un bref délai supplémentaire pour les vices dits corrigibles (art. 32 et 33 LPJA; voir c. 3.2 et 3.6.3 ci-dessus).

### **3.7 Recevabilité du recours du 28 juin 2017 devant la Préfecture relatif à l'absence de contrôle systématique des électeurs lors du vote aux urnes (n°14-2017)**

Les recourants ne contestent pas la recevabilité admise par l'autorité précédente du recours relatif au contrôle des électeurs lors du vote aux urnes (recours du n°14-2017) et rien ne permet de la remettre en cause, si bien qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question.

### **3.8 Recevabilité du recours du 17 juillet 2017 devant la Préfecture contre l'exercice du droit de vote par correspondance (n° 19-2017)**

Les recourants n<sup>os</sup> 147-149 estiment que le recours dirigé contre le vote par correspondance a été déposé de manière tardive, dans la mesure où l'organisation du vote par correspondance était connue de longue date par les recourants devant la Préfecture. Selon eux, ces derniers avaient tout loisir de se faire préciser les modalités et, si besoin, de demander de

prendre des mesures particulières. Cette question sera discutée dans le cadre de l'examen au fond (voir c. 9 ci-dessous).

#### **4. Considérations générales sur les votations et nature de la votation du 18 juin 2017**

**4.1** La garantie des droits politiques est consacrée par la Constitution fédérale (art. 34 al. 1 Cst.); elle protège la libre formation de l'opinion des citoyennes et citoyens ainsi que l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34 al. 2 Cst.). L'art. 34 al. 2 Cst. garantit aux citoyennes et citoyens qu'aucun résultat de vote ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de leur libre volonté. La garantie des droits politiques protège notamment le droit des électeurs d'élaborer et d'exprimer leur volonté à l'abri de toute contrainte ou influence inadmissible. Chaque citoyen doit pouvoir se déterminer en élaborant son opinion de la façon la plus libre et complète possible et exprimer son choix en conséquence. La liberté de vote garantit la sincérité du débat nécessaire au processus démocratique et à la légitimité des décisions prises en démocratie directe (ATF 143 I 78 c. 4.3, 114 la 427 c. 4a; arrêt TF 1C\_247/2018 du 12 mars 2019 c. 5.1, 1C\_346/2018 du 4 mars 2019 c. 6.1 et les références citées).

**4.2** Lorsque des irrégularités sont constatées, la votation n'est annulée qu'à la double condition que la violation constatée soit grave et qu'elle ait pu avoir une influence sur le résultat du vote. Au vu de la difficulté à prouver une telle influence, il est nécessaire de prendre en compte les circonstances du cas d'espèce (notamment l'écart de voix, la gravité des vices de procédure et leur portée sur le vote dans son ensemble) et l'autorité bénéficie d'une importante marge d'appréciation. Si la possibilité d'un résultat différent, en cas de procédure non viciée, apparaît à ce point minime qu'elle ne peut entrer sérieusement en considération, il y a lieu de renoncer à l'annulation du vote; dans le cas contraire, il faut considérer le vice comme important et annuler la votation. Lorsque la différence de voix est très nette, seules de graves irrégularités sont de nature à remettre en cause la validité du résultat du vote (ATF 143 I 78 c. 7.1, 141 I 221 c. 3.3,

138 I 61 c. 8.7; arrêt TF 1C\_338/2018 du 10 avril 2019 [destiné à la publication] c. 4.1, 1C\_521/2017 du 4 mai 2018 c. 3.1.3).

**4.3** La liberté de vote garantit la sincérité du débat nécessaire au processus démocratique et à la légitimité des décisions prises en démocratie directe. À cet égard, il faut distinguer entre les informations/l'intervention d'une autorité lors de votations au sein de la même collectivité (commune, canton ou Confédération) et celles qui ont lieu au sein d'une collectivité différente (inférieure, du même niveau ou supérieure). Dans le premier cas, l'autorité assume un rôle de conseil et fournit des informations aux citoyennes et citoyens sous différentes formes. Si elle n'est pas tenue d'être neutre et peut émettre des recommandations de vote, les informations livrées par l'autorité doivent toutefois être correctes, objectives et conformes à la vérité. Il n'en va pas totalement de même dans le deuxième cas. Lors de votations cantonales par exemple, le TF admet ainsi qu'une commune intervienne activement dans la campagne cantonale, à condition que la commune ainsi que ses citoyennes et citoyens aient un intérêt direct et particulier qui se distingue clairement de celui des autres communes et citoyennes et citoyens du canton (ATF 108 la 155 c. 4). Dans la mesure où cette condition est satisfaite, une commune peut intervenir dans le débat en employant des moyens semblables à ceux des partisans et opposants d'un objet en votation. Elle est donc plus libre qu'une autorité chargée d'organiser une votation qui a lieu dans sa propre collectivité, pour autant que son intervention soit guidée par la défense des intérêts communaux (ATF 143 I 78 c. 4.4, 108 la 155 c. 4 et 5).

**4.4** Lors de scrutins de la même collectivité, il est ainsi attendu de l'autorité concernée un rôle de conseil. Elle assume ce rôle par la rédaction des explications préalables au vote, mais également sous d'autres formes. Dans ce cadre, l'autorité est tenue de fournir une information correcte et mesurée en prévision d'un scrutin. La liberté de vote oblige l'autorité à donner au corps électoral toutes les informations dont il a besoin pour voter en connaissance de cause (ATF 143 I 78 c. 4.4; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse - volume I: l'Etat*, 2013, n. 928 et 929). Selon la jurisprudence, les explications concernant le scrutin données par une autorité respectent la liberté de vote. L'autorité

n'est pas tenue à un devoir de neutralité et elle peut donc formuler une recommandation de vote, mais elle doit respecter un devoir d'objectivité, de transparence et de proportionnalité. Les informations qu'elle apporte doivent prendre place dans un processus ouvert de formation de l'opinion, ce qui exclut les interventions erronées, excessives et disproportionnées s'apparentant à de la propagande et propres à empêcher la libre formation de l'opinion (ATF 143 I 78 c. 4.4, 140 I 338 c. 5.1; arrêt TF 1C\_247/2018 du 12 mars 2019 c. 5.2, 1C\_346/2018 du 4 mars 2019 c. 6.1, 1C\_521/2017 du 14 mai 2018 c. 3.1.1). C'est ainsi qu'il est loisible à l'autorité d'adresser une recommandation de vote aux électeurs et de prendre clairement position dans le débat. Il est également du devoir de l'autorité d'intervenir pour corriger une information émanant d'un particulier, si celle-ci est à ce point erronée ou trompeuse qu'elle fausse le débat démocratique, et ladite autorité doit également corriger ou compléter ses propres informations officielles, soit parce qu'elles étaient incomplètes, soit parce qu'elles sont devenues incomplètes en raison d'une évolution de la situation, ce qui les rend inobjectives. Dès lors qu'elles prolongent les informations officielles, ces interventions circonstanciées sont toutefois soumises à l'exigence de l'objectivité (ATF 143 I 78 c. 4.4, 129 I 232 c. 4.2.1, 116 la 466 c. 6a; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 928 et 929; JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux - Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, 2018, n. 5318-5320 et les références citées).

**4.5** En l'espèce, la votation du 18 juin 2017 était une votation communale portant sur l'avenir institutionnel de la commune de Moutier. Le choix d'organiser un vote communal ne saurait être remis en cause puisqu'il ressort notamment de l'art. 9 de la déclaration d'intention portant sur l'organisation de votations populaires dans le canton du Jura et le Jura bernois concernant l'avenir institutionnel de la région, conclue le 20 février 2012 entre le Gouvernement du canton du Jura et le Conseil-exécutif du canton de Berne (disponible sur le site internet du Conseil-exécutif du canton de Berne, onglets "*La situation politique du Jura bernois dans le canton de Berne*" et "*Documentation*", ci-après: déclaration d'intention). Cette volonté a ensuite été confirmée aux art. 2 à 4 de la Feuille de route fixant le processus de votation populaire concernant l'appartenance cantonale de la commune de Moutier, conclue le 4 février 2015 entre le

Conseil exécutif du canton de Berne, le Gouvernement du canton du Jura et le Conseil municipal de la commune de Moutier (disponible sur le site internet du Conseil-exécutif du canton de Berne, onglets "*La situation politique du Jura bernois dans le canton de Berne*" et "*Documentation*", ci-après: Feuille de route), puis encore dans la LAJB (voir notamment art. 3 ss LAJB qui prévoient les modalités de l'organisation des votations communales ayant pour objet l'appartenance cantonale de communes du Jura bernois). Ces différentes dispositions contractuelles et légales démontrent que les différentes parties (canton du Jura, canton de Berne et commune de Moutier) s'étaient entendues sur la nature communale du vote.

En qualité d'organisatrice de la votation (voir c. 4.3 ci-dessus), la commune de Moutier ne pouvait pas intervenir aussi librement dans le débat que les autres intervenants politiques impliqués. Si les partis ou groupements pouvaient intervenir librement, la commune de Moutier devait au contraire assumer un rôle de conseil et respecter son devoir d'objectivité, de transparence et de proportionnalité (c. 4.4 ci-dessus). De leur côté, en signant la Feuille de route (voir art. 11 Feuille de route), les collectivités de rang supérieur (cantons du Jura et de Berne) se sont certes engagées à respecter une certaine retenue. Il n'en reste pas moins que ces collectivités étaient plus libres que la commune de Moutier dans le débat politique, tant il est compréhensible que chacune d'elles avait un intérêt évident à attirer ou à conserver la commune de Moutier dans son territoire. C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner les différentes interventions faisant l'objet de la décision sur recours préfectorale.

## **5. Recours contre le courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)**

**5.1** La commune de Moutier a envoyé, en date du 23 mai 2017, un courrier concernant l'avenir de l'EJC aux parents des élèves fréquentant cet établissement, dont le contenu était le suivant:

*"[...] A l'approche de ce scrutin et compte tenu des informations et des rumeurs alarmistes qui se sont propagées, il nous apparaît opportun de vous transmettre un message de sérénité. Il est en effet important de*

*préciser que la pérennité de l'Ecole à journée continue est garantie en cas de transfert de la commune dans la République et Canton du Jura. Ainsi que le précise le Gouvernement de la République et Canton du Jura, la loi jurassienne sur l'école obligatoire, à son article 48 al. 3, mentionne ce qui suit: «En concertation avec les communes et les autorités scolaires locales concernées, le gouvernement peut autoriser la mise en place d'une organisation de l'école obligatoire selon le principe de la journée à horaire continue». Une école de Porrentruy (collège Thurmann) a instauré une école à journée continue en 2016, pour la pause de midi, avec l'accord et le soutien du canton. Le gouvernement jurassien précise en outre que «l'Ecole à journée continue de Moutier, telle qu'elle existe aujourd'hui, pourra être maintenue dans le canton du Jura, où elle bénéficiera d'un soutien financier de l'Etat» Nous tenons par ces quelques lignes à assurer les parents qui ont recours à l'institution, de même que l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs, que les prestations fournies actuellement seront poursuivies dans le nouveau cadre cantonal. [...]*

**5.1.1** Dans sa décision sur recours contestée, la Préfecture a, en substance, retenu que la recourante n° 2 donnait dans son message la garantie que toutes les prestations fournies au moment de la rédaction du courrier concernant l'EJC continueraient à l'être en cas de changement de canton, alors qu'il n'existait, selon la Préfecture, au moment de cette communication, aucune garantie contraignante de la part des autorités jurassiennes quant au maintien de l'EJC à Moutier dans les mêmes conditions. Selon la Préfecture, l'affirmation selon laquelle l'EJC "pourra" être maintenue, reprise d'un rectificatif du canton du Jura du 2 mai 2017, indique une possibilité et non un engagement inconditionnel. Selon elle, le critère d'objectivité n'a pas été respecté par l'autorité communale et cette dernière visait à influencer une partie de l'électorat.

**5.1.2** Les recourants font valoir que l'intervention de la commune de Moutier s'inscrivait dans une volonté de rétablir la vérité et que, de ce fait, son intervention était non seulement autorisée mais nécessaire (recourants n°s 1, 2, 3-8, 9-146 et 147-149). D'après eux, la commune de Moutier n'a fait que répéter les précisions données par le gouvernement jurassien (recourants n°s 2 et 9-146) et les affirmations contenues dans ce message sont correctes, puisque conformes à ce qu'indiquait le rapport d'expertise d'août 2016 de l'Institut des hautes études en administration publique de l'Université de Lausanne concernant l'appartenance cantonale de la commune de Moutier (disponible sur le site internet du Conseil-exécutif du canton de Berne, onglets "le canton de Berne à Moutier" et "documentation et expertises", ci-après: l'expertise; recourants n°s 3-8).

**5.1.3** Les intimés rappellent la rectification du canton du Jura (voir n° 7-2017 vol. I p. 18) et soulignent que, par celle-ci, le gouvernement jurassien s'est contenté d'indiquer qu'il était légalement possible que l'EJC de Moutier soit maintenue et financée par le canton du Jura en cas de transfert, dès lors que la législation cantonale jurassienne offre cette possibilité (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Pour les intimés, la commune de Moutier a fait œuvre de propagande en donnant aux parents des enfants fréquentant l'EJC et aux collaborateurs qui y travaillent des garanties fermes que jamais le gouvernement jurassien n'a lui-même formulées (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). En d'autres termes, la recourante n° 2 a, aux yeux des intimés, violé ses obligations d'objectivité, de proportionnalité, de transparence et d'exhaustivité (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

**5.2** Dans un premier temps, il y a lieu de rappeler brièvement le contexte dans lequel le courrier du 23 mai 2017 a été rédigé.

**5.2.1** Il ressort du dossier de la cause qu'en janvier 2017, un tout-ménage du comité "Moutier-Prévôté" a été adressé aux citoyennes et citoyens de la commune de Moutier. S'agissant de l'EJC, le dépliant mentionne que "[...] *Dans le Jura, l'école à journée continue n'existe pas. Comment les familles s'organiseraient-elles? [...]*" (n° 7-2017 vol. I p. 22). Cette prise de position du comité a été relayée par le journal du Jura dans son édition du 26 janvier 2017 (n°7-2017 vol. I p. 21). Puis, le 3 mars 2017, le Conseil-exécutif du canton de Berne a publié un communiqué de presse relatif aux questions en matière de formation et d'aménagement du territoire. Dans ce communiqué, le gouvernement bernois relève que "[...] *l'école à journée continue de Moutier, que le canton de Berne subventionne à raison de plus d'un million de francs par an, n'a pas d'équivalent dans le Jura. Les familles seraient donc placées face à un important changement d'organisation pratique. [...]*" (n° 7-2017 vol. I p. 20). Suite à cet avis, le canton du Jura a publié, le 2 mai 2017, une rectification d'informations. S'agissant de l'EJC, le canton du Jura précise:

*"Rectification: l'école à journée continue est prévue à l'article 48, alinéa 3, de la loi jurassienne sur l'école obligatoire : « En concertation avec les communes et les autorités scolaires locales concernées, il [le Gouvernement] peut autoriser la mise en place d'une organisation de l'école obligatoire selon le principe de la journée à horaire continu. » Le collège Thurmann à Porrentruy l'a instaurée en 2016 pour la pause de midi, avec l'accord et le soutien du canton. L'école à journée continue de*

*Moutier, telle qu'elle prévaut aujourd'hui, pourra être maintenue dans le canton du Jura, où elle bénéficiera d'un soutien financier de l'Etat. Les familles ne seront donc pas « placées face à un important changement d'organisation pratique »* (n° 7-2017 vol. I p. 18).

Cette information, reprise par le Ministre de la formation du canton du Jura, a été relayée par le journal Quotidien jurassien dans son édition du 10 mai 2017 ("*L'école à journée continue existe dans le Jura, ainsi que l'année de préparation professionnelle, contrairement à ce qui est insinué par les partisans du maintien de Moutier dans le canton de Berne*"; n° 7-2017 vol. VI p. 1262).

L'expertise, s'agissant de l'EJC, indique:

*"Il n'existe pas d'écoles à journée continue dans le canton du Jura. Néanmoins, les modules d'accueil facultatifs de Moutier étant similaires au concept d'unité d'accueil pour écolier du Jura, l'organisation actuelle pourrait probablement être maintenue si la commune de Moutier rejoignait le canton du Jura. Il faudrait peut-être quelques adaptations pour satisfaire les normes jurassiennes, mais l'organisation des parents et des enfants ne devrait pas ou peu être impactée par le potentiel transfert de la commune. Les tarifs de l'accueil parascolaire effectivement appliqués selon le revenu déterminant sont les mêmes que ceux des crèches dans les deux cantons. Les parents paieraient, donc dans l'ensemble, un peu plus cher si Moutier rejoignait le canton du Jura (exception faite des familles bénéficiant des tarifs minimums et maximums). Rappelons néanmoins que la différence de tarifs entre les deux cantons reste minime (pour autant que les tarifs dans le canton du Jura ne varient pas substantiellement suite à la modification des tarifs en 2017)"* (expertise p. 188).

**5.2.2** Il y a lieu d'admettre avec les recourants qu'au vu des informations contradictoires envoyées par les différents acteurs politiques en présence, la commune de Moutier avait la possibilité (voire le devoir selon la jurisprudence mentionnée au c. 4.4 ci-dessus) d'intervenir pour informer ses concitoyennes et concitoyens ainsi que rétablir la vérité (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Son intervention était toutefois soumise à l'exigence d'objectivité et de transparence.

L'étendue de la procédure de recours étant limitée à l'objet de la contestation (soit la décision sur recours du 2 novembre 2018 de la Préfecture), il n'y a pas lieu de se prononcer sur tant que telle sur chacune des interventions précitées des autres acteurs, puisque ces questions sortent de cet objet (sur les questions de l'objet de la contestation et de l'objet du litige, voir notamment: MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 49 n. 2). C'est également à bon droit que la Préfecture n'a pas examiné

pour elles-mêmes ces différentes interventions qui sortaient aussi de l'objet de la contestation devant elle (courrier de la commune de Moutier relatif à l'EJC). Par ailleurs, de telles déclarations en vue d'un scrutin, dans la mesure où elles émanaient de collectivités publiques, même de rang supérieur, constituaient (à la différence des déclarations provenant de groupes d'intérêts ou de partis politiques) des actes préparatoires (CHRISTOPH HILLER, *Die Stimmrechtsbeschwerde*, 1990, p. 327 et la jurisprudence citée, notamment ATF 108 la 155 c. 4) qu'il aurait fallu contester, sans attendre le résultat du vote.

**5.3** Nonobstant ce qui précède, c'est malgré tout en tenant compte des diverses prises de position antérieures qu'elle était censée corriger qu'il convient d'examiner l'intervention de la commune de Moutier et si cette intervention respectait le principe d'objectivité et de transparence.

**5.3.1** L'autorité viole son devoir d'information objective lorsqu'elle informe de manière erronée sur le but et la portée du projet. Les explications satisfont à l'exigence d'objectivité lorsqu'elles sont équilibrées et répondent à des motifs importants, qu'elles fournissent une image complète du projet avec ses avantages et ses inconvénients, et qu'elles mettent les citoyennes et citoyens en mesure d'acquiescer une opinion; au-delà d'une certaine exagération, elles ne doivent être ni contraires à la vérité ni tendancieuses, ni simplement inexacts ou incomplètes. L'autorité doit également exprimer de manière correcte les avis divergents de tiers et présenter les éventuelles incertitudes comme telles. L'autorité n'est pas tenue de discuter chaque détail du projet ni d'évoquer chaque objection qui pourrait être soulevée à son encontre, mais il lui est interdit de passer sous silence des éléments importants pour la décision du citoyen ou de reproduire de manière inexacte les arguments des adversaires du référendum ou de l'initiative ou encore d'informer de manière erronée sur le but et la portée du projet soumis au vote. Le principe de la transparence exige par ailleurs que s'il existe des incertitudes significatives lors de l'évaluation de la situation de départ, celles-ci doivent être clairement présentées comme telles (ATF 139 I 2 c. 6.2; 138 I 61 c. 6.2 et les références citées; arrêt TF 1C\_338/2018 du 10 avril 2019 [destiné à la publication] c. 2.1, 1C\_346/2018 du 4 mars 2019 c. 6.1, 1C\_247/2018 du 12 mars 2019 c. 5.3, 1C\_521/2017 du 14 mai 2018

c. 3.1.1; JACQUES DUBEY, *op. cit.*, n. 5305 et les références citées; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 932; PIERRE TSCHANNEN, *Basler Kommentar - Bundesverfassung*, 2015, art. 34 n. 34).

**5.3.2** En l'espèce, le courrier du 23 mai 2017 de la commune de Moutier reprend en partie le rectificatif du 2 mai 2017 établi par le canton du Jura. Il va toutefois plus loin que celui-ci en donnant certaines garanties. En effet, comme l'indique à juste titre l'autorité précédente, l'affirmation du gouvernement jurassien selon laquelle *"l'EJC pourra être maintenue dans le canton du Jura, où elle bénéficiera d'un soutien financier de l'Etat"*, doit être comprise comme étant une possibilité légale et non pas un engagement inconditionnel. Cette déclaration du gouvernement jurassien doit du reste être remise dans son contexte, puisqu'elle fait suite à la citation de la base légale l'autorisant à mettre en place une EJC (voir art. 48 al. 3 de la loi cantonale jurassienne du 20 décembre 1990 sur l'école obligatoire [RSJ 410.11]). En ce sens, en indiquant que l'EJC de la commune de Moutier pourra être maintenue dans le canton du Jura, le gouvernement jurassien répondait au communiqué du gouvernement bernois qui affirmait que le canton du Jura *"n'a pas d'équivalent"*, en soulignant qu'il était légalement possible que l'EJC soit maintenue et soutenue par le canton du Jura. Dans la mesure en outre où seul un collègue dans le canton du Jura connaissait alors une institution semblable, qui plus est, n'offrant que des prestations limitées (midi) par rapport à celles de l'EJC de Moutier, il n'est pour le moins pas établi que le gouvernement jurassien ait voulu ou pu fournir une véritable garantie de poursuite de l'EJC telle que la connaît actuellement la commune de Moutier (en particulier en raison de questions budgétaires ou d'égalité de traitement avec d'autres communes jurassiennes, etc.). Certes, la loi cantonale jurassienne permet la création d'une organisation selon le principe de l'EJC (à l'image du Collège Thurmann). Il n'en demeure pas moins que la garantie de pérennité de l'institution dans le canton du Jura était délicate sur la base du rectificatif du 2 mai 2017. Mais surtout, en affirmant que *"les prestations fournies actuellement seront poursuivies dans le nouveau cadre cantonal"*, la commune de Moutier s'est engagée non seulement sur l'existence d'une EJC dans le canton du Jura, mais également sur l'étendue des prestations fournies dans ce cadre. On verra d'ailleurs ci-dessous (c. 6)

que, dans son éditorial de juin 2017, le maire de la commune de Moutier a encore été plus loin dans ses garanties de pérennité ("*sans aucune retouche et avec les mêmes moyens*") de l'EJC. Or, le rectificatif du 2 mai 2017 ne traite au plus que de l'existence de l'institution, mais n'aborde nullement la question de l'étendue des prestations fournies (p. ex. horaires, modules, cantine, âge des enfants pris en charge, coûts, etc.). En affirmant que les prestations fournies par l'EJC de Moutier seraient "*poursuivies*" dans le nouveau cadre cantonal, la commune de Moutier s'est donc prononcée sur un sujet non traité par le rectificatif du 2 mai 2017 et qui n'avait fait l'objet d'aucune garantie par le canton du Jura. Quant à l'expertise, celle-ci mentionne également avec prudence et retenue que "*[...] l'organisation actuelle pourrait probablement être maintenue si la commune de Moutier rejoignait le canton du Jura*" et que " *[...] l'organisation des parents et des enfants ne devrait pas ou peu être impactée par le potentiel transfert de la commune*".

Dès lors que la commune de Moutier s'est engagée, sans aucune réserve, sur l'existence et l'étendue des prestations en cas de transfert dans le canton du Jura, alors qu'aucune garantie aussi étendue n'avait été donnée par le gouvernement jurassien, ni ne ressortait de l'expertise, elle a violé son devoir d'objectivité. Il revenait en effet à l'autorité communale, en sa qualité d'organisatrice du vote qui, à juste titre, entendait corriger certaines affirmations erronées des adversaires du oui, de ne pas tomber dans l'excès inverse mais, au contraire, de présenter les incertitudes comme telles et d'informer ses concitoyennes et concitoyens avec une certaine retenue. Le fait que le courrier ait été cosigné par la responsable du dicastère Générations et Communautés, une élue ne partageant pas les idées autonomistes, ne change rien au caractère militant et non objectif du courrier (recourante n° 2). C'est à bon droit que la Préfecture a considéré que les propos de la recourante n° 2 n'étaient ni objectifs, ni transparents et s'avéraient donc illicites. Elle n'a, ce faisant, aucunement violé le droit en considérant le vice comme grave.

## **6. Recours contre l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)**

**6.1** Dans son édition de juin 2017, le magazine d'information de la ville de Moutier, "Moutier.ch", a publié un éditorial rédigé par M. Winistoerfer (maire de Moutier; voir n° 12-2017 p. 3). Est particulièrement contesté le passage suivant:

*"[...] Je vous assure que l'hôpital de Moutier se portera en tout cas aussi bien dans le canton du Jura que dans celui de Berne, que le Centre de l'enfant et l'Ecole à journée continue vont poursuivre leurs missions sans aucune retouche et avec les mêmes moyens, que le Centre de renfort, d'intervention et de secours autant que le CEFF [Centre de formation professionnelle] trouveront leur voie et même se profileront davantage. Et je suis certain aussi que le canton de Berne libérera toute une série de bonnes volontés pour trouver des solutions intelligentes à la nouvelle équation. Je me porte garant enfin qu'en cas de départ de Moutier vers le Jura, les déçus du scrutin ne seront pas perdants. Il n'y aura pas de perdants, mais seulement des citoyennes et citoyens mis en minorité qu'il conviendra de rallier au choix majoritaire. Avec le Conseil municipal j'inviterai alors toutes les Prévôtoises et tous les Prévôtos à oublier les divergences passées et à œuvrer pour le bien de la cité. [...]"*

**6.1.1** La Préfecture, dans sa décision sur recours du 2 novembre 2017, a considéré, en se fondant sur l'avis de droit du 1<sup>er</sup> juillet 2016 sur l'avenir du site de Moutier de l'Hôpital du Jura bernois SA (ci-après: HJB SA; (disponible sur le site internet du Conseil-exécutif du canton de Berne, onglets "*le canton de Berne à Moutier*" et "*documentation et expertises*", ci-après: l'avis de droit) et l'expertise, que M. Winistoerfer ne pouvait donner certaines assurances et que ses propos n'étaient ni objectifs ni transparents.

**6.1.2** Du point de vue des recourants, le message de M. Winistoerfer dans l'éditorial doit être considéré comme une intervention à titre personnel (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 3-8 et 9-146) si bien que la liberté d'expression doit prévaloir selon eux (recourants n<sup>os</sup> 2 et 9-146). De l'avis des recourants, les déclarations relatives aux différents thèmes abordés n'étaient pas fausses et n'étaient donc pas de nature à induire les citoyennes et citoyens en erreur (recourants n<sup>os</sup> 3-8). Les recourants avancent que les propos en lien avec l'HJB SA ont été publiés pour corriger des informations tendancieuses qui auraient été diffusées par les responsables de l'HJB SA (recourants n<sup>os</sup> 1 et 2) et ne visaient qu'à répéter des garanties données par le gouvernement jurassien (recourante n° 2). Concernant l'EJC, les

recourants soulignent que M. Winistoerfer s'est limité à rappeler les garanties données par le gouvernement jurassien (recourante n° 2). Les recourants font également valoir que M. Winistoerfer s'était déjà exprimé à réitérées reprises au sujet du Centre de renfort (recourante n° 2).

**6.1.3** Pour les intimés, le magazine "Moutier.ch" est un journal officiel et est appréhendé de la sorte par son lecteur, si bien que le contenu de ses messages apparaît comme officiel et non personnel (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Dans tous les cas, les intimés reprochent à l'autorité communale d'avoir fait le choix éditorial de publier le message de M. Winistoerfer dans le journal d'information officiel de la commune quatre jours avant le scrutin (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Ils soulignent, par ailleurs, les choix éditoriaux de la Chancellerie municipale, puisque celle-ci aurait, d'après eux, mélangé volontairement dans le journal officiel de la commune des informations officielles et des messages de propagande politique pro-jurassienne (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Pour le surplus, ils avancent que le message de M. Winistoerfer ne constituait en rien une réponse à une propagande fallacieuse des autorités bernoises puisque ce dernier ne mentionne pas cet élément dans son message (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). A ce titre, les intimés relèvent qu'aucun recours n'a été déposé à l'encontre des communications ou messages diffusés par les membres du Conseil-exécutif bernois sur le site internet officiel du canton de Berne et que les recourants dénoncent (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

**6.2** Comme cela ressort des considérants ci-dessus (c. 4.1 à 4.5), l'autorité chargée de l'organisation d'un vote est tenue de respecter la garantie des droits politiques ainsi que de fournir une information correcte et mesurée en prévision d'un scrutin. Toutefois, les informations données par des particuliers, des partis et des groupements divers avant des votations peuvent également influencer de manière inadmissible la volonté des votants (ATF 135 I 292 c. 4.1; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 939). On parle d'influence inadmissible d'un particulier lorsque les informations manifestement fausses ou trompeuses formulées par celui-ci interviennent à une date si proche du scrutin qu'il est impossible pour les citoyennes et citoyens de s'informer auprès d'autres sources. Compte tenu de la liberté d'expression, une telle atteinte n'est pas facilement acceptée

par la jurisprudence. En effet, dans la mesure où certaines affirmations exagérées, voire fausses, peuvent difficilement être évitées et que l'on peut attendre des citoyennes et citoyens qu'ils reconnaissent lesdites exagérations, l'annulation d'un vote pour cette raison n'est envisagée qu'avec la plus grande retenue (ATF 135 I 292 c. 4.1).

S'agissant des membres individuels des autorités, ceux-ci peuvent jouer un rôle plus actif que l'autorité. A la fois titulaires de la liberté d'expression ainsi que citoyennes et citoyens, il ne leur est pas interdit de prendre position dans la campagne (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 935). En principe, les déclarations et informations privées des membres d'une autorité sont assimilées aux interventions des particuliers. Sous réserve des limites inhérentes au principe de la collégialité ou à une obligation de fidélité ou de diligence, ces déclarations bénéficient donc de la liberté d'expression (PASCAL MAHON, *L'information par les autorités* in: Revue de droit suisse [RDS], vol. 118 (1999) II, p. 201ss [239]; voir également ATF 130 I 290 c. 3.3, 119 la 271 c. 3d). Le TF a notamment reconnu qu'il était usuel que ceux-ci signent des appels publics, rédigent des articles de presse ou participent à des émissions en mentionnant leur nom et position pour conférer un poids particulier à leur engagement politique (ATF 130 I 290 c. 3.3; MARTENET/VON BÜREN, *L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote* in: RDS, vol. 132 (2013) I, p. 57 ss [69]; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 935). Lorsqu'ils s'expriment à titre privé, ils ne sont pas autorisés à donner une apparence officielle non pertinente à leurs interventions pour créer l'impression qu'il s'agit de la position officielle des autorités. Pour évaluer cette apparence, il convient d'examiner comment une telle intervention est perçue par un citoyen "moyen", c'est-à-dire un citoyen ni plus, ni moins intéressé que la moyenne à la vie politique. S'il n'apparaît pas clairement que le membre de l'autorité s'exprime à titre privé, sa fonction officielle risque de conférer une autorité illégitime à ses propos et ainsi d'exercer une influence illicite sur les citoyennes et citoyens (MARTENET/VON BÜREN, *op. cit.*, p. 69; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 935; ATF 130 I 290 c. 3.3, 119 la 271 c. 3d). En ce sens, l'intervention d'un membre d'une autorité qui présente un caractère officiel et qui doit, de ce fait, être attribuée à l'autorité en tant que telle est soumise

aux principes de l'objectivité et de la proportionnalité (arrêt TF 1C\_412/2007 du 18 juillet 2008 c. 6.5). En outre, une influence peut être considérée comme inadmissible lorsque le membre de l'autorité présente volontairement les faits d'une façon inexacte ou trompeuse ("[...] *wenn das Behördenmitglied eine bewusst falsche oder täuschende Sachdarstellung geben würde* [...]"), non identifiable en tant que telle en raison de l'autorité liée à sa fonction officielle. C'est, par exemple, le cas lorsqu'une telle information ne peut plus être corrigée à temps par ses adversaires politiques (ATF 130 I 290 c. 3.3, 119 la 271 c. 3d). Cette frontière tracée par la jurisprudence entre intervention officielle et intervention à caractère privé est jugée artificielle par une partie de la doctrine qui estime qu'en participant au débat lors d'une campagne, les membres d'une autorité continuent d'agir dans le cadre de leur mandat (MARTENET/VON BÜREN, *op. cit.*, p. 69; ANDREA TÖNDURY, *Intervention oder Teilnahme? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen* in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI], 7/2011 p. 341 ss [349]; BENEDIKT PIRKER, *Behördliche Interventionen in Abstimmungskämpfe* in: Pratique juridique actuelle [PJA], vol. 11/2017, p. 1366 ss [1380]).

**6.3** La première question à résoudre est celle de savoir si l'éditorial rédigé par M. Winistoerfer avait une connotation officielle ou non, puisque, selon la jurisprudence, les membres d'une autorité s'exprimant à titre privé bénéficient en règle générale de la liberté d'expression (voir c. 6.2 ci-dessus).

**6.3.1** Il convient d'admettre avec la recourante n° 2 que l'autorité précédente s'est prononcée sur le contenu de l'éditorial (objectivité des propos relatifs à l'HJB SA, EJC, etc.), sans examiner au préalable à quel titre M. Winistoerfer s'était exprimé; elle a donc assimilé l'écrit de ce dernier à un message émis par les autorités communales de Moutier, sans qu'elle ne résolve la question de la liberté d'expression des membres d'une autorité telle que définie ci-dessus au c. 6.2 (décision sur recours litigieuse c. 4.2). Dans son préavis du 13 février 2019, l'autorité précédente émet des doutes quant au caractère exclusivement privé du message du maire et ce,

en se fondant sur le passage dans lequel le maire inclut le Conseil municipal.

**6.3.2** Il est vrai que l'éditorial litigieux a pour titre "*message personnel*", que M. Winistoerfer s'y exprime à la première personne du singulier et que l'une ou l'autre expressions utilisées par M. Winistoerfer semblent émaner de ce dernier, en tant que personne privée ("*Bref, pour moi, comme pour vous j'espère, le OUI au Jura [...]*", "*Et pour la ville que j'aime, [...]*", "*Merci à vous, toutes et tous, de m'aider à réaliser ce rêve.*"; recourants n<sup>os</sup> 2, 3-8 et 9-146). Toutefois, pour un citoyen "moyen", c'est-à-dire un citoyen ni plus, ni moins intéressé que la moyenne à la vie politique, ces éléments ne suffisent pas pour admettre l'existence d'un message privé puisque d'autres éléments, prépondérants, le font bien plus apparaître comme un message officiel. A cet égard et comme le relèvent les intimés (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14), il y a lieu de mentionner que sur la même page de cet éditorial figurent toutes les informations relatives au magazine "Moutier.ch", soit notamment le nom de l'éditeur ("la Ville de Moutier") mais, en plus, le logo officiel de la commune de Moutier, ainsi qu'un renvoi au site internet officiel de celle-ci. En affichant un tel texte, émanant du maire de la commune de Moutier, à côté d'éléments aussi représentatifs de la ville en question, on ne saurait nier que le contenu de l'éditorial peut apparaître, aux yeux du lecteur moyen, comme officiel. S'il est vrai que le TF a admis par le passé que la simple mention de la fonction officielle de l'auteur d'un article dans sa signature n'était pas suffisante en tant que telle pour reconnaître une influence illicite sur les citoyennes et citoyens (ATF 119 la 271 c. 5d; pour une critique de cette approche: voir BENEDIKT PIRKER, *op. cit.*, p. 1381), il n'en demeure pas moins que l'ensemble des éléments susmentionnés donnent plutôt l'apparence d'une communication officielle d'un membre de l'autorité. On précisera du reste que l'arrêt du TF précité visait une situation différente de la présente, dans la mesure où il concernait l'intervention du maire d'une commune dans le cadre d'une votation cantonale. En cela, cette intervention ne peut être comparée à celle du maire de la commune organisatrice et responsable du bon déroulement du vote.

Par ailleurs, certains passages du texte ont une connotation manifestement officielle. Lorsque M. Winistoerfer indique qu'il se porte garant du fait qu'en cas de départ de Moutier les déçus du scrutin ne seront pas perdants, il ne peut s'exprimer qu'en sa qualité de maire, puisqu'un citoyen "ordinaire" n'aurait aucun moyen de garantir un tel résultat. Il en va de même lorsqu'il ajoute ensuite qu'avec le Conseil municipal, il invitera tous les Prévôtois à oublier les divergences. Il convient donc d'admettre que tant l'apparence de l'éditorial que son contenu lui donnent une connotation officielle. C'est donc à tort que les recourants font valoir que M. Winistoerfer s'exprimait en tant que privé (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 3-8 et 9-146) et bénéficiait de la liberté d'expression (recourants n<sup>os</sup> 2 et 9-146).

**6.3.3** Les intimés estiment par ailleurs que le magazine "Moutier.ch", dans son organisation, les moyens financiers et structurels mis à sa disposition ainsi que son lectorat, est un journal officiel de la commune (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Il n'est pas contesté par la commune de Moutier que celle-ci édite le magazine en question et qu'elle choisit ainsi les différents articles ou parutions dans le journal. En cette qualité et peu importe que l'on qualifie le journal d'officiel ou non, les autorités communales de Moutier ont délibérément choisi de publier un éditorial du maire, quatre jours avant la votation litigieuse, qui plus est dans une édition du journal très orientée vers le scrutin litigieux. En effet, en première page de l'édition de juin 2017, le titre du magazine annonce: "*L'Histoire, c'est dans quatre jours*". La seconde page est une partie publicitaire ("*OUI le 18 juin*") déposée par "*Moutier ville jurassienne*" (sur laquelle figurent une longue liste d'arguments en faveur du transfert de la commune de Moutier dans le canton du Jura, ainsi que des témoignages de soutien de personnalités ou politiciens) et la troisième page est consacrée à l'éditorial du maire. Le chancelier municipal fait ensuite l'objet d'un article concernant le scrutin, puis les différents moyens de voter sont répertoriés en page quatre.

Si les pages suivantes ne concernent pas la votation, il convient de constater que ce contexte a contribué à conférer à l'éditorial litigieux une apparence officielle. Ces circonstances s'apparentent à celles faisant l'objet de l'arrêt TF 1C\_521/2017 du 14 mai 2018, dans lequel un comité de soutien d'un projet communal a distribué, moins de dix jours avant la

votation, un dépliant consacré à la réfutation en dix points des objections soulevées par les opposants et qui contenait, sur l'une de ses pages, une photo des membres de l'exécutif communal, entourée de slogans favorables au projet et dénigrant les opposants (pour un exposé détaillé des faits, voir: arrêt TF 1C\_521/2017 du 14 mai 2018 c. 3.3). Dans ce cadre, le TF a admis que la position de la municipalité se confondait entièrement avec celle du comité de soutien, en contradiction manifeste avec la réserve dont l'autorité devait faire preuve en une telle occasion (arrêt TF 1C\_521/2017 du 14 mai 2018 c. 3.3). En l'espèce également, les circonstances particulières n'ont fait que confirmer l'impression que la position adoptée par le maire dans l'éditorial constituait celle des autorités communales de Moutier, en donnant ainsi à l'éditorial une apparence officielle.

En outre, on relèvera qu'en choisissant d'éditer le message en question dans ce contexte particulier (à quatre jours de la votation et dans une édition du journal dédiée en bonne partie au scrutin litigieux), les autorités communales de Moutier ont choisi de donner une tribune particulière à un avis tranché par l'intermédiaire de leur maire, rendant ainsi l'éditorial d'autant plus officiel. Une fois encore, il y a lieu de rappeler qu'en sa qualité de commune organisatrice du scrutin (voir c. 4.1 à 4.5 ci-dessus), la commune de Moutier devait veiller à l'équilibre des opinions et ce, d'autant plus, à si proche échéance du scrutin, alors qu'il était impossible pour le camp opposé de déposer d'éventuel(s) rectificatif(s) avant le 18 juin 2017.

**6.3.4** Par ailleurs, l'éditorial doit être distingué de la partie rédactionnelle du magazine qui, elle, comme l'ont relevé les recourants, relaie des informations officielles de la commune ou consacre des articles (rédigés par un journaliste) à tous propos, y compris des portraits d'un(e) membre du Conseil de Ville (recourante n° 2; voir à ce titre n° 7-2017 vol. VI p. 893 ss). Par définition, l'éditorial d'un journal doit être scrupuleusement différencié du contenu du magazine. En effet, selon le petit Robert de la langue française (édition 2008), l'éditorial se définit comme étant un "*article qui émane de la direction d'un journal, d'une revue et qui définit ou reflète une orientation générale*". Ainsi, en prenant connaissance de l'éditorial du magazine "Moutier.ch", le lecteur moyen a l'impression de lire un article

reflétant le point de vue de l'éditeur du magazine, soit en l'occurrence la commune de Moutier. Par conséquent, l'argument des recourants selon lequel la "*tradition*" veut que l'éditorial soit écrit par un membre d'une autorité exprimant son point de vue personnel tombe à faux, puisque, *de facto*, l'opinion exprimée apparaît comme émanant de la commune de Moutier (recourante n° 2). De plus, la ligne éditoriale consistant à choisir pour son éditorial des membres d'une autorité exprimant leur point de vue personnel, que défend la commune de Moutier, n'est pour le moins pas évidente, en particulier pendant la période précédant le scrutin litigieux. En effet, l'éditorial du mois de décembre 2016 a été rédigé par le Conseil municipal lui-même et porte sur l'expertise et l'avis de droit. Dans le dernier paragraphe, le Conseil communal indique: "*Compte tenu de ce qui précède, le Conseil municipal proposera au Conseil de Ville un arrêté, assorti de la recommandation au corps électoral de voter oui à la question qui lui sera posée le 18 juin 2017: Voulez-vous que la commune de Moutier rejoigne la République et Canton du Jura ?*". Il s'agit d'un avis tranché officiel, non d'un point de vue personnel d'un membre d'une autorité. Il est également étonnant de constater qu'au cours des 16 dernières éditions (l'analyse s'étant arrêtée par le TA au mois d'août 2016, exemplaires disponibles sur le site internet [www.moutier-magazine.ch](http://www.moutier-magazine.ch)), seuls les membres de l'autorité communale qui étaient favorables au transfert de Moutier dans le canton du Jura ont été choisis par l'éditrice pour rédiger l'éditorial. Certes, les autorités communales de Moutier ont donné le droit de s'exprimer à des personnalités de différents courants politiques dans le cadre des articles de fond du magazine "moutier.ch" (recourante n° 2; voir notamment n° 7-2017 vol. VI p. 893 ss). Il n'en demeure pas moins qu'elles ont toutefois choisi pour les éditoriaux les élus qui représentent l'opinion majoritaire du Conseil municipal de la commune de Moutier à l'exclusion de la minorité.

**6.3.5** Il résulte de ce qui précède qu'en choisissant son maire pour l'éditorial du mois de juin 2017 du magazine, paraissant quatre jours avant le scrutin, la commune de Moutier, en sa qualité d'éditrice, a renforcé la perception du caractère officiel du contenu de l'éditorial de M. Winistoerfer. Au vu de tous les éléments susmentionnés, le citoyen moyen n'était dès lors pas en mesure de percevoir le caractère personnel de l'éditorial, mais

pouvait au contraire assimiler les propos tenus par M. Winistoerfer à l'avis officiel des autorités communales de Moutier. Les propos ayant une connotation officielle, ils étaient soumis aux principes d'objectivité et de proportionnalité.

**6.4** Il convient d'examiner si les propos de M. Winistoerfer respectaient le principe d'objectivité.

**6.4.1** Tel n'est pas le cas. En effet, s'agissant tout d'abord de l'avenir de l'HJB SA, le maire de la commune de Moutier avance ce qui suit: *"Je vous assure que l'hôpital de Moutier se portera en tout cas aussi bien dans le canton du Jura que dans celui de Berne"*. Or, à la lecture de l'avis de droit susmentionné (c. 6.1.1), on constate que différents scénarios sont envisageables, notamment quant à la planification hospitalière (transfert des compétences au canton du Jura ou encore planification hospitalière commune pour l'ensemble de l'actuel Jura bernois) ou encore quant à la participation du canton du Jura ou non dans l'HJB SA. Ces différentes hypothèses seraient en outre soumises à des décisions politiques dans les deux cantons. Par ailleurs, l'avis de droit émet la dernière conclusion suivante: *"En cas de changement de canton de la commune de Moutier, si les cantons de Berne et du Jura ne parviennent pas à trouver une solution commune pour le site de Moutier, on ne peut exclure le scénario qui verrait le canton de Berne fermer le site de Moutier, faute d'importance suffisante pour sa politique sanitaire"* (avis de droit p. 34). Cette conclusion à elle seule confirme qu'aucune garantie ne pouvait être donnée quant à l'avenir de l'HJB SA en cas de transfert de canton.

C'est à tort que les recourants allèguent que l'assurance donnée par M. Winistoerfer ne visait qu'à répéter des garanties formulées par le gouvernement jurassien (recourante n° 2). Certes, dans son rapport à l'intention du Parlement jurassien du 29 novembre 2016 (disponible sur le site internet du canton du Jura, onglets "*autorités*", "*Parlement*", "*documents du Parlement*" et "*Messages du Gouvernement*"), le gouvernement jurassien a indiqué que les autorités jurassiennes se déclaraient favorables à l'adoption d'une planification hospitalière commune au canton du Jura et au Jura bernois, idéalement à l'ensemble de l'Arc jurassien. Il a ajouté que le canton du Jura était disposé à entrer dans

l'actionnariat de l'HJB SA, qui pourrait ainsi continuer d'exercer ses activités sur ses deux sites de Saint-Imier et de Moutier, mais que ce scénario requérait l'accord du canton de Berne, seul propriétaire de l'établissement hospitalier (rapport à l'intention du Parlement jurassien du 29 novembre 2016 p. 16). Il n'en demeure pas moins que le simple fait que les autorités jurassiennes soient favorables à l'une ou l'autre des hypothèses mentionnées par l'avis de droit ne modifie en rien le caractère incertain de l'avenir de l'HJB SA. Les hypothèses envisagées devraient être soumises à des pourparlers entre les deux cantons (Jura et Berne) et à des décisions politiques. Ni M. Winistoerfer, ni l'auteur de l'avis de droit, ni les cantons du Jura ou de Berne ne pouvaient, avant le scrutin du 18 juin 2017, formuler des garanties quant à l'avenir de l'HJB SA. Ainsi, en donnant l'assurance selon laquelle l'HJB SA se porterait *"en tout cas aussi bien dans le canton du Jura que dans le canton de Berne"*, M. Winistoerfer a tenu des propos non objectifs.

**6.4.2** Quant à l'argument des recourants selon lequel les propos de M. Winistoerfer visaient à corriger des informations tendancieuses émises par les responsables de l'HJB SA (recourants n<sup>os</sup> 1 et 2), il tombe à faux. En effet, comme cela ressort des considérants qui précèdent (c. 4.4), si une autorité entend corriger une information qu'elle considère comme fautive, elle est en droit de le faire mais est soumise à l'exigence d'objectivité. Or, ainsi que relevé précédemment (c. 6.4.1 ci-dessus), les propos tenus par M. Winistoerfer n'étaient pas objectifs.

A cet égard, la question de savoir si les responsables de l'HJB SA devaient adopter ou non un comportement identique à celui qu'on impose aux autorités (recourante n<sup>o</sup> 2 ; intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14) peut rester indécise dans la mesure où cette question sort de l'objet de la contestation (soit la décision sur recours du 2 novembre 2018 de la Préfecture). Il n'y a donc pas lieu de se prononcer en tant que telle sur la licéité des propos tenus par les responsables de l'HJB SA (sur les questions de l'objet de la contestation et de l'objet du litige, voir notamment: MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 49 n. 2; voir c. 5.2.2 ci-dessus). C'est donc également à bon droit que la Préfecture n'a pas examiné davantage ces différentes interventions.

**6.4.3** M. Winistoerfer, dans son message personnel, donne également l'assurance que "[...] *le Centre de l'enfance et l'Ecole à journée continue vont pouvoir suivre leur mission sans aucune retouche et avec les mêmes moyens, [...]*". A ce titre et dans la mesure où les recourants font valoir les mêmes arguments que ceux relatifs au courrier aux parents concernés par l'EJC (recourante n° 2), il y a lieu de renvoyer à ces considérants (c. 5.3.2). On remarquera simplement que la garantie à cet égard est conférée ici avec encore plus de certitude, puisqu'elle vise une EJC "*sans aucune retouche et avec les mêmes moyens*", sans réserve d'aucune sorte. Ainsi, c'est à juste titre que l'autorité précédente a considéré que l'assurance donnée par M. Winistoerfer n'était pas objective non plus sur ce point.

**6.4.4** Pour le surplus, M. Winistoerfer a relevé, dans son éditorial, que "[...] *le Centre de renfort, d'intervention et de secours autant que le CEFF trouveront leur voie et même se profileront davantage.*" Or, on doit admettre avec la Préfecture, sur la base de l'expertise (p. 202 expertise et c. 4.2.2.3 décision sur recours préfectorale du 2 novembre 2018), qu'en cas de transfert, le Centre de renfort, d'intervention et de secours (CRISM) ne sera pas nécessairement maintenu, en tant que tel, selon les choix politiques à venir. Même si ces services ne seront pas forcément amenés à disparaître (recourante n° 1), M. Winistoerfer ne pouvait affirmer que le CRISM et le CEFF "*se profileront davantage*", puisque l'avenir de ces institutions restait incertain. En ce sens, le maire a également violé son devoir d'objectivité. L'appréciation de l'autorité précédente sur ce point ne saurait être critiquée.

**6.4.5** S'agissant finalement du paragraphe lié au poids politique et économique de Moutier, il y a lieu d'admettre avec l'autorité précédente que les propos du maire sont subjectifs, bien qu'ils ne fournissent aucune information en tant que telle (recourante n° 2). En ce sens et comme l'autorité précédente l'a retenu, il s'agit d'un message s'apparentant à de la propagande.

**6.5** En résumé de ce qui précède, l'éditorial du magazine "Moutier.ch" du mois de juin 2017 de M. Winistoerfer présente, tant par son apparence que par son contenu, un caractère officiel et doit de ce fait être assimilé à un message des autorités communales de Moutier qui se confond avec la

position défendue par les organisations favorables au transfert de la commune de Moutier. Dans la mesure où ce message ne respecte pas le principe d'objectivité, il doit être considéré comme illicite. La gravité de cette irrégularité est en outre accentuée par le fait que ce message intervient quatre jours avant la date du scrutin, empêchant pratiquement toute réponse des tenants de l'opinion inverse. La Préfecture n'a donc aucunement violé la loi, contrairement à ce que font valoir les recourants (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

## **7. Recours relatif à la tenue du registre des électeurs (n° 11-2017)**

**7.1** Certains recourants devant la Préfecture ont remis en cause la bonne tenue du registre électoral par la commune de Moutier. Ils ont dénoncé en substance des prétendus cas de domiciliation fictive et cité des exemples de personnes inscrites qui étaient selon eux décédées (voir dos. n° 11-2017 vol. I p. 4 et 34).

**7.1.1** Dans sa décision sur recours litigieuse, la Préfecture a tout d'abord mis en avant le refus de la commune de Moutier de transmettre le registre électoral à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne, malgré une demande de celle-ci. La Préfecture a considéré qu'en refusant de produire la liste en question, la commune de Moutier avait violé les dispositions de l'arrêté du 25 janvier 2017 et rendu plus difficile, voire impossible, la surveillance du registre des électeurs ce qui, selon elle, constitue, un manquement grave aux obligations incombant à ladite commune. L'autorité précédente a également procédé à des investigations auprès de homes pour personnes âgées, de l'Intendance cantonale des impôts et a recueilli des extraits GERES et des informations sur internet pour arriver à la conclusion que la capacité de discernement de quelques résidents était douteuse et qu'au moins vingt personnes en situation de domicile fictif auraient été admises de manière indue au vote. Par ailleurs, la Préfecture estime que certains actes discutables, qui n'avaient pas pu être mis en évidence par la procédure pénale, ont pu avoir une influence sur le vote. Pour l'autorité précédente, tous ces éléments remettent en cause la validité du processus

mis en place pour la surveillance du registre des électeurs, ainsi que la fiabilité dudit registre.

**7.1.2** Les recourants considèrent que le refus de la commune de Moutier de transmettre le registre électoral à la Chancellerie d'Etat ne constitue pas une irrégularité, puisque les conditions de l'art. 1 de l'arrêté du 25 janvier 2017 n'étaient pas remplies selon eux (recourante n° 2). En outre, ils remettent en question les considérants de l'autorité précédente relatifs aux domiciliations fictives et y voient une instruction insuffisante pour démontrer une irrégularité (recourants n<sup>os</sup> 1, 2 et 3-8). Ils font finalement valoir diverses violations du droit par le fait que la Préfecture aurait indûment nié la liberté d'établissement à certaines citoyennes et à certains citoyens ainsi que remis en cause leurs droits politiques, notamment en violant le droit d'être entendues des personnes soupçonnées de domicile fictif (recourante n° 2).

**7.1.3** Pour les intimés, l'instruction de la Préfecture a permis d'établir une tenue irrégulière du registre des électeurs (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Selon eux, il aurait été impossible d'instruire individuellement et péremptoirement chacun des cas mis en évidence par l'instruction et de garantir le respect du droit d'être entendu pour chacune et chacun des citoyennes et citoyens concerné(e)s (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Par conséquent, les intimés estiment que l'organe de vote était, au moment du scrutin, incorrectement composé et que l'exercice des droits politiques n'était plus garanti (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

## **7.2**

**7.2.1** Comme mentionné plus haut (c. 3.5.2 a et b ci-dessus), de la garantie des droits politique au sens de l'art. 34 al. 2 Cst. découle, notamment, le droit d'exiger qu'aucun résultat ne soit reconnu s'il n'exprime pas la libre volonté du corps électoral (ATF 141 I 221 c. 3.2 et les références citées). En outre et comme cela ressort des considérants qui précèdent (c. 3.5.2 a et b ci-dessus), la liberté de vote implique, entre autres, un droit à une composition correcte du corps électoral. La composition régulière du corps électoral repose notamment sur la notion de domicile politique. En effet, selon l'art. 39 al. 2 Cst., les droits politiques

(fédéraux, cantonaux et communaux) s'exercent au lieu du domicile. L'art. 39 al. 3 Cst. pose le principe de l'unicité du domicile politique, qui veut que l'on ne puisse pas exercer ses droits politiques simultanément à plusieurs endroits. Est considéré comme un domicile politique, la commune où l'électeur, respectivement l'électrice, habite et s'est annoncé à l'autorité locale (art. 3 al 1 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques [LDP fédérale, RS 161.1]). La condition matérielle consiste donc en la constitution d'un domicile et la condition formelle se réfère au dépôt des documents officiels (JACQUES DUBEY, *op. cit.*, n. 4999-5003; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n. 753; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 635 n. 28). Selon la doctrine et la jurisprudence, le domicile politique correspond, à quelques exceptions près (voir art. 1 de l'ordonnance fédérale du 24 mai 1978 sur les droits politiques [ODP fédérale, RS 161.11]), à la notion de domicile civil prévue à l'art. 23 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210; ATF 109 Ia 41 c. 4c; JAB 2005 p. 289 c. 2).

**7.2.2** Au niveau cantonal, la ConstC prévoit à l'art. 55 al. 1 que tous les Suisses et toutes les Suissesses qui résident dans le canton et sont âgés de 18 ans révolus ont le droit de vote en matière cantonale et l'art. 114 ConstC traite du droit de vote en matière communale en prévoyant que celui-ci appartient à toute personne qui a le droit de vote en matière cantonale et réside dans la commune depuis trois mois au moins. Le règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes prévoit, à son art. 2, que toute personne qui possède le droit de vote en matière cantonale et qui est domiciliée dans la commune depuis trois mois dispose du droit de vote. L'art. 7 al. 2 LDP cantonale prévoit quant à lui que le domicile politique est la commune où l'électeur ou l'électrice habite et s'est annoncé(e) à l'autorité locale (voir également art. 12 et 13 ORE). La formulation de cette disposition étant similaire à celle de l'art. 3 al. 1 LDP fédérale, il peut y être renvoyé s'agissant de la notion de domicile politique (JAB 2005 p. 289 c. 3 [dans la partie "Materielles", p. 293 ss]).

**7.2.3** Selon l'art. 23 al. 1 CC, le domicile d'une personne est le lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. Cette règle s'interprète en ce sens qu'elle exige non seulement un séjour d'une certaine durée dans un endroit

donné et la création en ce lieu de rapports assez étroits, mais également la volonté manifestée de faire de ce lieu le centre de son activité, de ses relations personnelles et professionnelles. Le domicile d'une personne se trouve ainsi au lieu avec lequel elle a les relations les plus étroites, compte tenu de l'ensemble des circonstances (ATF 135 I 233 c. 5.1; arrêt TF 1C\_297/2008 du 4 novembre 2008 c. 3.2; JACQUES DUBEY, *op. cit.*, n. 5000 et les références citées). Le TF a souligné l'importance du domicile politique dans la mesure où l'exercice des droits de vote représente la participation à la vie communautaire d'un endroit donné, ce qui présuppose d'appartenir à cette communauté (ATF 49 I 416 c. 3; JAB 2005 p. 289 c. 3). Selon le TF, les personnes ne faisant pas partie d'une collectivité (le TF mentionne, à ce titre, les personnes modifiant leur domicile dans le simple but de participer à une votation) ne sont pas légitimées à se prononcer sur les sujets concernant celle-ci (ATF 49 I 416 c. 3). C'est la raison pour laquelle, le TF a répété à plusieurs reprises que la simple résidence dans une localité, sans la volonté réelle de s'y établir, ne suffit pas pour acquérir l'exercice des droits politiques. Lorsque plusieurs endroits entrent en considération pour fixer le domicile, celui-ci se trouve au lieu avec lequel l'intéressé a les relations les plus étroites (JAB 2005 p. 289 c. 3 et les références citées, voir notamment: ATF 91 I 8, 53 I 360). Ainsi, les liens d'une personne avec l'endroit qu'elle allègue être son domicile ne sauraient avoir un simple caractère affectif, mais doivent résulter de faits qui peuvent être objectivement constatés. Ces principes, posés pour la plupart afin de fixer le domicile fiscal dans les cas de double imposition, sont applicables en matière de domicile politique. Les particularités que ce dernier peut présenter à certains égards ne s'y opposent pas (ATF 91 I 8; JAB 2005 p. 289 c. 5). En ce sens, notre Haute Cour a considéré que le simple fait d'habiter trois mois dans une commune donnée (comme le prévoyait la réglementation cantonale faisant l'objet de l'arrêt en question) ne suffit pas encore à créer un domicile politique, mais que le critère subjectif devait également être examiné (ATF 49 I 416 c. 2). La liberté d'établissement n'y change rien (ATF 49 I 416 c. 3).

**7.2.4** En ce qui concerne le registre électoral, l'art. 39 LDP cantonale prévoit que seules les personnes qui sont inscrites au registre électoral peuvent exercer leur droit de vote (al. 1). Chaque commune municipale et

chaque commune mixte tient un registre des électeurs et des électrices qui ont leur domicile politique dans la commune, ainsi que des Suisses et Suissesses de l'étranger qui exercent leur droit de vote dans la commune (al. 2). Toute inscription ou radiation y est portée d'office au fur et à mesure (al. 3). Le registre électoral peut être consulté par tout électeur et toute électrice (al. 4). Au surplus, la tenue du registre électoral est régie par le droit fédéral (al. 5).

Selon l'art. 6 ORE, le registre des électeurs constitue l'unique document sur la base duquel le droit de vote peut être exercé (al. 1) et le droit de vote ne peut être exercé que par les personnes inscrites dans le registre des électeurs (al. 2). Ce registre est public (art. 7 ORE). Aux termes de l'art. 11 ORE, seront inscrits dans le registre des électeurs, dans la mesure où, le jour des votations ou des élections, ils ont atteint l'âge de voter et ont leur domicile politique dans la commune: en tant qu'ayants droit au vote en matière fédérale et en matière cantonale, tous les citoyens et citoyennes suisses qui ne sont pas protégés, en raison d'une incapacité durable de discernement, par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'inaptitude et qui ont leur domicile politique dans le canton de Berne, ainsi que les Suisses et les Suissesses de l'étranger qui ont désigné la commune comme commune de vote (art. 11 al. 1 ch. 1 ORE); en tant qu'ayants droit au vote en matière communale, tous les citoyens et citoyennes suisses qui ont le droit de vote en matière cantonale, et qui sont domiciliés depuis trois mois dans la commune (art. 11 al. 1 ch. 2 ORE). L'art. 18 ORE traite de la clôture du registre électoral et prévoit qu'avant une votation ou une élection, le registre des électeurs doit être clôturé dans les délais prescrits (art. 18 al. 1 ORE).

**7.3** Il convient d'examiner la question du refus de la commune de Moutier de transmettre à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne le registre des électeurs.

**7.3.1** Concernant le contexte global de ce refus, il ressort du dossier les faits suivants. Dans un courrier du 22 mai 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1119), la Chancellerie d'Etat du canton de Berne a prié la commune de Moutier de lui adresser la liste nominative de tous les destinataires du matériel de vote pour le scrutin du 18 juin 2017. Comme motif, la Chancellerie d'Etat a fait

valoir son mandat de surveillance de l'évolution du registre des électeurs reçu par le Conseil-exécutif. A ce titre, elle se fonde sur le ch. 1 de l'arrêté du 25 janvier 2017, ainsi que sur un communiqué de presse commun de la commune de Moutier et de la Chancellerie d'Etat du canton de Berne publié le 24 mars 2017, dans lequel il est demandé à la Chancellerie d'Etat de surveiller l'évolution du registre jusqu'en juin 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1119). Dans la suite du courrier, il est fait référence à une erreur dans la distribution du matériel de vote en vue d'une votation du 21 mai 2017. De ce fait, la Chancellerie d'Etat indique être préoccupée par la situation dans la mesure où elle estime que de telles erreurs ne devraient pas se reproduire pour le scrutin du 18 juin 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1118). Dans sa réponse du 31 mai 2017, la commune de Moutier, par le biais de son Conseil municipal, n'est pas entrée en matière sur la requête de la Chancellerie d'Etat du canton de Berne en indiquant :

*"Nous ne contestons pas que le chiffre 1 de l'Arrêté du Conseil-exécutif du 25 janvier 2017 habilite la Chancellerie d'Etat à demander toutes les informations utiles à la commune de Moutier s'agissant de la surveillance du registre des électeurs. Ces informations avaient trait à l'évolution globale de l'effectif des électeurs, de manière à prévenir un afflux de nouveaux ayants-droit. Il n'a jamais été question de transmettre la liste exhaustive des électeurs, qui plus est au moyen du dossier Excel dont l'utilisation pourrait facilement être détournée. Si la Chancellerie d'Etat cherche à confirmer que le nombre des destinataires du matériel de vote coïncide avec les chiffres communiqués le 24 mars 2017, une liste détaillée est inutile" (n° 7-2017 vol. VI p. 1117).*

Dans la suite du courrier, la commune de Moutier souligne n'avoir pas suffisamment confiance, en raison du contexte, pour transmettre ces données dignes de protections. Quant au prétendu problème en lien avec le matériel de vote du 21 mai 2017, le Conseil municipal indique n'en avoir pas été informé et considère que ce cas ne remet nullement en cause le bon déroulement de la votation du 18 juin 2017 ainsi que la confiance des électeurs (n° 7-2017 vol. VI p. 1117). Dans un courrier daté du 2 juin 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1114), l'Office fédéral de la justice (ci-après: l'OFJ) a demandé à la commune de Moutier de lui transmettre la liste des ayants droit au vote avant le 9 juin 2017, afin qu'il puisse s'assurer que toutes les personnes ayant reçu une carte de légitimation figurent sur la liste (n° 7-2017 vol. VI p. 1114). Il ressort de l'audition (instruction pénale) du responsable des observateurs fédéraux délégués à Moutier que, suite au courrier du 2 juin 2017, la commune de Moutier a informé l'OFJ qu'elle ne

lui adresserait cette liste qu'en date du 13 juin 2017 (n° 7-2017 vol. II p. 327). La liste actualisée n'a finalement été transmise au responsable des observateurs fédéraux qu'au matin du samedi 17 juin 2017 (n° 7-2017 vol. II p. 327).

### **7.3.2** Le ch. 1 de l'arrêté du 25 janvier 2017 prévoit:

*"La Chancellerie d'Etat est chargée de surveiller l'évolution du registre des électeurs de la commune de Moutier et d'ordonner les mesures nécessaires si des irrégularités devaient être observées. Elle est habilitée à demander toutes les informations utiles à la commune de Moutier".*

Cet arrêté a fait l'objet d'un rapport du 25 janvier 2017 dans lequel les dispositions sont commentées (disponible sur le site internet du Conseil-exécutif du canton de Berne, onglets: "*le canton de Berne à Moutier*" et "*procédure pour les votations communales*"; ci-après: rapport du 25 janvier 2017). Les raisons de la surveillance prévue par l'art. 1 de l'arrêté du 25 janvier 2017 sont expliquées au ch. 4.2 du rapport du 25 janvier 2017. En substance, le but de cette surveillance est d'empêcher les domiciles fictifs. En effet, ledit rapport mentionne à son ch. 4.2:

*"Le Grand Conseil ainsi que la Commission des institutions politiques et des affaires extérieures ont souligné le risque que des personnes élisent fictivement et temporairement leur domicile dans la commune de Moutier, dans le seul but de pouvoir participer à cette votation communale cruciale pour la région. Chaque commune doit tenir un registre électoral (art. 39, al. 2 LDP cantonale) qui renseigne sur les personnes domiciliées dans la commune, qui disposent du droit de vote ainsi que des Suisses et Suissesses de l'étranger exerçant leur droit de vote dans la commune. Le logiciel utilisé par les communes permet en tout temps de générer l'état du registre des électeurs à une date déterminée. Le domicile dans la commune depuis trois mois est notamment exigé pour l'exercice du droit de vote en matière communale (art. 13, al. 1 LCo). Les citoyens et citoyennes doivent avoir élu domicile à Moutier avant le 18 mars 2017 pour participer à la votation communale sur l'appartenance cantonale. La durée du contrôle doit être de six mois au moins avant la votation communale à Moutier et le dernier contrôle sera effectué après la votation communale à Moutier. Les chiffres établis sur cette période constituent une base suffisante pour une appréciation fiable de la fluctuation. La Chancellerie d'Etat se basera sur les relevés des ayants droit au vote des élections et votations cantonales et fédérales des troisième et quatrième trimestres 2016 et sur des extraits mensuels du registre électoral en 2017. En cas d'irrégularité ou en présence d'un fait ou événement suspicieux, la Chancellerie d'Etat est habilitée à réclamer à la commune de Moutier un extrait complet de son registre électoral. La Chancellerie d'Etat procédera alors à une analyse de la situation et prendra les mesures nécessaires."*

**7.3.3** S'il est patent que le climat de confiance n'était pas optimal au vu du contexte précédant la votation litigieuse, il n'en demeure pas moins que la

commune de Moutier devait respecter les règles qui avaient été fixées par l'arrêté du 25 janvier 2017 (sur délégation de compétence prévue à l'art. 8 LAJB), ce d'autant plus que celle-ci n'avait pas le rôle d'intéressée au vote comme le canton de Berne ou le canton du Jura, mais qu'elle était la commune organisatrice du vote et qu'elle était touchée elle-même par le scrutin (voir c. 4.1 à 4.5 ci-dessus). Dans la mesure où les exigences posées par la jurisprudence sont plus sévères vis-à-vis de l'autorité qui est elle-même touchée par une votation et organisatrice de celle-ci, la commune de Moutier devait prendre toutes les mesures tendant au bon exercice de la volonté populaire, afin de sauvegarder les droits de ses citoyennes et citoyens en matière de votation (ATF 114 Ia 427 c. 4c et les références citées; JTA 100.2018.75 du 31 mai 2018 c. 2.9). Certes, le rapport du 25 janvier 2017 précisait que l'extrait *complet* du registre des électeurs pouvait être réclamé en cas d'irrégularité ou en présence d'un fait ou événement suspicieux. Il n'en demeure pas moins que le but de cette disposition était de favoriser la surveillance du registre des électeurs, notamment par l'exigence d'extraits mensuels en 2017. Or, suite à son refus, la commune de Moutier n'a pas jugé utile de donner d'autres informations (p. ex. un relevé des ayants droit au vote) qui auraient permis à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne d'exercer son mandat de surveillance en procédant à l'analyse de l'évolution du registre, mais elle s'est bornée à refuser toute transmission du registre des électeurs. Ce refus est d'autant moins défendable que le registre des électeurs est public (art. 7 ORE). Ainsi, en s'opposant à la remise de la liste électorale à la Chancellerie d'Etat, elle a violé une disposition de l'arrêté du 25 janvier 2017 qui avait précisément pour but d'empêcher les domiciles fictifs afin d'assurer une composition correcte du corps électoral (droit découlant de la garantie des droits politiques, voir c. 7.2.1 ci-dessus). Son comportement a rendu plus difficile la surveillance de l'évolution du registre des électeurs et la commune de Moutier a donc failli à son devoir d'assurer le déroulement régulier du scrutin. Le fait que la Chancellerie d'Etat ou la Préfecture (auxquelles le refus avait été adressé en copie) n'ait pas contesté le refus de la commune de Moutier n'y change rien dans la mesure où le refus était catégorique et a été réitéré lors de la séance du 16 juin 2017 en présence du responsable des observateurs fédéraux délégués à Moutier (recourante n° 2; voir PJ n° 11 recours de la recourante n° 2). Il faut en conclure que ni

la Chancellerie d'Etat, ni la Préfecture n'auraient pu faire changer la commune de Moutier de position.

Comme l'a relevé l'autorité précédente dans sa décision sur recours, la commune de Moutier a également refusé de remettre la liste des électeurs à l'OFJ à la date qui lui avait été impartie pour ce faire (9 juin 2017), puisqu'elle a d'emblée indiqué que la liste ne serait transmise qu'en date du 13 juin 2017 (voir n° 7-2017 vol. II p. 327). Or, la commune de Moutier n'avance pas que les raisons évoquées comme refus face à la Chancellerie d'Etat (manque de confiance) s'appliquaient également à l'OJF. Ce nouveau refus dénote la volonté de la commune de Moutier d'éviter une surveillance étroite du registre des électeurs. Ces deux refus consécutifs ne contribuent en tous les cas pas à renforcer la confiance dans la bonne et correcte tenue du registre électoral.

Il ressort de ce qui précède que la Préfecture a correctement appliqué l'art. 1 de l'arrêté du 25 janvier 2017 et n'a nullement constaté de manière inexacte et incomplète les faits relatifs au refus de transmission du registre des électeurs comme le fait valoir à tort la recourante n° 2. Elle n'a pas violé le droit en retenant que le refus de fournir le registre électoral était illicite. Au demeurant, la gravité de la violation des obligations de la commune de Moutier, en tant qu'organisatrice du scrutin, est d'autant plus importante que cette autorité a également refusé de fournir la liste électorale aux observateurs fédéraux dans le délai qu'ils avaient fixé. On relèvera encore qu'elle a même produit cette liste au-delà du terme qu'elle avait elle-même unilatéralement fixé au 13 juin 2017 dans sa réponse, en ne fournissant une première liste que le 16 juin 2017, puis sous la forme demandée, le samedi matin du 17 juin 2017 (n° 7-2017 vol. II p. 327), alors que le vote aux urnes avait déjà débuté le vendredi 16 juin 2017 à 17h00.

## **7.4**

**7.4.1** En ce qui concerne le grief relatif aux domiciliations fictives, la Préfecture a retenu qu'environ 20 personnes étaient en situation de domicile fictif au moment de la votation litigieuse (c. 5.8.1 décision sur recours litigieuse). L'autorité précédente est partie du principe que des personnes réellement domiciliées à Moutier y payaient également leurs

impôts et, *a contrario*, que les personnes domiciliées à Moutier qui n'y payaient pas leurs impôts devaient être soupçonnées d'y avoir constitué un domicile fictif si leur domiciliation avait duré plus d'une année civile. Ces 20 cas de prétendues domiciliations fictives ne sont pas concrètement remis en cause par les recourants, seules des critiques d'ordre général étant formulées à l'encontre des considérants de la Préfecture (p. ex. critique générale relative à la problématique des étudiants qui restent domiciliés chez leurs parents, critique selon laquelle la Préfecture se serait fondée sur de simples supputations et des hypothèses [recourants n<sup>os</sup> 1, 2 et 3-8]).

**7.4.2** On ne saurait reprocher à la Préfecture, comme le font les recourants, d'avoir insuffisamment instruit la question des domiciliations fictives (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). En effet, l'autorité précédente a apprécié la situation après avoir recueilli des renseignements auprès d'intendances cantonales des impôts, de registres des habitants et s'est fondée sur des extraits GERES, ainsi que des recherches sur internet. Après examen de ces 20 cas prétendument problématiques, force est d'admettre que l'appréciation de la Préfecture n'est pas critiquable. Dans la majorité de ces cas, le contexte de faits permettait à l'autorité précédente d'admettre que ces personnes étaient en situation de domiciliation fictive. L'autorité précédente ne s'est pas limitée à retenir un domicile fictif lorsque la personne ne payait pas d'impôts à Moutier, mais son appréciation résulte d'indices de faits qui pouvaient être objectivement constatés (domicile chez des parents, domicile mentionné sur Facebook, Search.ch ou d'autres sites internet ou encore abonnements de téléphones enregistrés à un autre domicile). A cet égard, on précisera que les exigences relatives à la preuve ne sont pas aussi sévères que dans le cadre d'une éventuelle procédure judiciaire pénale, dans laquelle seuls des faits établis avec une vraisemblance confinant à la certitude pourraient être mis à la charge de l'accusé. Certes, l'audition des personnes concernées aurait permis de corroborer ou d'infirmer les indices. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que cette procédure vise à mettre la lumière sur une éventuelle mauvaise tenue du registre électoral par la commune de Moutier et non à faire radier les personnes au sens de l'art. 15 al. 1 let. c ORE ou à condamner pénalement des prévenus, auxquels cas l'audition des personnes concernées aurait été nécessaire (voir c. 3.5.3 ci-dessus). En l'espèce, les

investigations de la Préfecture mettant en lumière une vingtaine de cas de domiciliation fictive ne prêtent pas le flanc à la critique.

**7.4.3** Il ressort des considérants qui précèdent (voir c. 7.2.3 ci-dessus), que la simple résidence dans une localité, sans la volonté réelle de s'y établir, ne suffit pas à l'exercice des droits politiques (JAB 2005 p. 289 c. 3 et les références citées; voir notamment: ATF 53 I 360, 91 I 8). Or, dans les cas susmentionnés et comme l'a relevé la Préfecture, il apparaît pour le moins douteux que les 20 personnes en question aient eu la volonté réelle de s'établir à Moutier. Au vu de la jurisprudence stricte à ce sujet (c. 7.2.3 ci-dessus), force est de constater que de telles domiciliations fictives constituent de graves irrégularités qui portent atteinte à la composition correcte du corps électoral et donc à la liberté de vote au sens de l'art. 34 Cst. (voir également c. 3.5.2 ci-dessus). Il était du devoir de la commune de Moutier de veiller à ce que les participants à la votation aient bien l'exercice des droits politiques et donc de contrôler l'intention réelle des citoyennes et citoyens de s'établir dans la commune (critère subjectif).

**7.5** S'agissant des autres griefs relatifs à la mauvaise tenue du registre électoral, soit ceux concernant la capacité de discernement et la procédure pénale, il convient d'admettre que, malgré les nombreuses mesures d'instruction ordonnées par la Préfecture, celle-ci n'est pas parvenue à établir de graves irrégularités. Comme le relève la recourante n° 2, l'instruction a démontré que les personnes sous curatelle de portée générale n'avaient pas participé au vote, faute d'être inscrites dans le registre des électeurs (c. 5.4.1 décision sur recours litigieuse), ce qui est dès lors déterminant et suffisant au regard de la loi (art. 6 al. 1 LDP cantonale et 11 ch. 1 ORE). Les suppositions concernant la prétendue capacité de discernement "*douteuse*" de certains résidents de homes ne sauraient constituer à elles seules de graves irrégularités dans la tenue du registre électoral. Il est également reproché à la commune de Moutier d'avoir remis à l'HJB SA une liste lacunaire sur laquelle il manquait des résidents ayant leurs papiers déposés à la commune de Moutier, ce qui aurait empêché l'HJB SA d'exercer correctement la surveillance de la remise du matériel de vote et engendré des situations potentiellement à risque selon la Préfecture. Si ce dernier point n'a pas pu être établi à

suffisance de droit par l'autorité précédente (et ne peut dès lors être considéré comme une grave irrégularité), il faut admettre qu'il contribue à semer le doute quant à la bonne et fidèle tenue du registre des électeurs. Contrairement à ce que soutiennent les recourants, ce grief est lié de près à la tenue du registre des électeurs, si bien que c'est à bon droit que la Préfecture a examiné cette question (recourante n° 2).

Finalement, bien qu'aucun autre acte n'ait été retenu dans le cadre de la procédure pénale, la Préfecture a considéré que de tels autres actes ont, selon toute vraisemblance, été commis et qu'ils ont pu avoir une influence illicite sur le résultat. Il y a lieu de constater avec les recourants que les éléments relatifs à la procédure pénale sur lesquels l'autorité précédente se fonde pour admettre d'autres irrégularités ne sont en tout cas pas suffisamment établis pour retenir un vice grave sur ce point (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

**7.6** Il résulte de ce qui précède que le refus de remettre à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne (puis à l'OFJ) la liste électorale ainsi que les cas de domiciles fictifs de personnes qui n'auraient pas dû participer au scrutin constituent en soi de graves irrégularités qui jettent le trouble sur la crédibilité de la tenue dudit registre.

## **8. Recours relatif à l'absence de contrôle systématique des électeurs lors du vote aux urnes (n° 14-2017)**

**8.1** Un des recourants devant la Préfecture a critiqué, par son recours, l'absence de vérification systématique de l'identité des ayants droit lors du vote aux urnes (intimé n° 15). De son avis, s'agissant d'un vote de cette importance, l'autorité communale devait prendre toutes les mesures utiles pour empêcher d'éventuelles irrégularités (vérifier que les personnes qui ont voté étaient bien légitimées à le faire), si bien que le contrôle systématique de l'identité devait être la règle (n° 14-2017 p. 5 ss).

**8.1.1** S'appuyant sur la garantie des droits politiques et le principe selon lequel toutes les personnes qui disposent des droits politiques, mais elles seules, doivent voter, la Préfecture, dans sa décision sur recours du 2

novembre 2017, a considéré qu'en renonçant à contrôler l'identité des ayants droit, la commune de Moutier n'a pas été en mesure de garantir que les personnes venues exercer leur droit de vote étaient bien légitimées à le faire. Pour l'autorité précédente, la présomption que la personne présentant sa carte de légitimation jouit du droit de vote - système adopté à l'art. 13 LDP cantonale lors de la révision de la législation bernoise sur les droits politiques - n'est pas conforme à la jurisprudence fédérale en matière de liberté de vote, dans la mesure où elle ne permet pas de vérifier que la personne qui détient la carte de légitimation correspond bien à la personne qui est inscrite au registre électoral. Il est particulièrement problématique, selon la Préfecture, que le bureau de vote n'ait procédé à aucun contrôle puisque cela démontrerait, d'après elle, le manque de diligence avec lequel les membres du bureau de vote ont travaillé.

**8.1.2** Est particulièrement invoquée par les recourants l'absence de disposition (lois ou ordonnances, arrêté du 25 janvier 2017 ou instructions données par les observateurs fédéraux) imposant la présentation systématique d'une carte d'identité des votants (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 3-8, 9-146 et 147-149). En outre, les recourants invoquent une inégalité de traitement entre les personnes votant par correspondance et celles votant aux urnes (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8). Si une telle exigence était posée pour le vote par correspondance, celui-ci n'aurait, aux yeux des recourants, plus aucun avenir (recourants n<sup>os</sup> 3-8).

**8.1.3** En substance, l'intimé n° 15 souligne devant le TA l'importance du vote et considère qu'au vu du nombre élevé de votants, les membres du bureau de vote n'étaient pas en mesure de connaître l'identité de toutes les personnes se présentant aux urnes, si bien que seul un contrôle systématique des identités aurait permis d'éviter des irrégularités. Pour l'intimé n° 15, dans la mesure où les citoyennes et citoyens n'ont aucun moyen de contrôler que seuls les ayants droit ont voté, le fardeau de la preuve incombe à l'organisatrice de la votation, soit la commune de Moutier. Or, une telle preuve n'a, de l'avis de l'intimé n° 15, pas pu être apportée par la commune de Moutier.

**8.2** Aux termes de l'art. 13 LDP cantonale, l'électeur ou l'électrice atteste de son droit de vote en remettant sa carte de légitimation au bureau

électoral (al. 1). Le bureau électoral examine la carte de légitimation. S'il doute que le nom qui y figure correspond à celui de la personne qui la présente, il exige la présentation d'une pièce d'identité (al. 2). En cas de doute sérieux sur la légitimation, la personne concernée est exclue du scrutin (al. 3).

**8.3** Comme l'ont indiqué à juste titre la Préfecture dans sa décision sur recours ainsi que les recourants, ni la loi (cantonale ou fédérale), ni l'arrêté du 25 janvier 2017 ne prévoient d'obligation pour les membres du bureau électoral d'exiger systématiquement la présentation d'une pièce d'identité lors du vote aux urnes (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 3-8, 9-146 et 147-149). A ce titre et comme l'a relevé l'autorité précédente, le Conseil-exécutif a précisé dans sa proposition au Grand Conseil concernant la loi sur les droits politiques (Proposition du Conseil-exécutif; séance du Conseil-exécutif du 31 août 2011) qu'*on part du principe que la personne qui présente la carte de légitimation jouit bien du droit de vote*" (Proposition du Conseil-exécutif; séance du Conseil-exécutif du 31 août 2011 p. 15). Il existe ainsi une présomption selon laquelle la personne présentant sa carte de légitimation est bien celle qu'elle prétend être.

Certes, la liberté de vote implique une composition correcte du corps électoral (voir c. 7.2.1 ci-dessus). Toutefois, la carte de légitimation, qui contient le nom et prénom, l'adresse, le sexe ainsi que l'année de naissance de l'ayant droit, donne déjà un certain nombre d'indications quant à la personne de ce dernier. Ce n'est qu'en cas de doute qu'une pièce d'identité est exigée. Une telle procédure ne permet pas de prévenir tout abus du droit de vote, mais en réduit les risques de façon importante.

**8.4** Dans un arrêt du TF dans lequel celui-ci a dû se positionner quant à la pratique d'un canton permettant de voter par correspondance de manière anonyme (sans dépôt d'attestation ou de carte de légitimation), il a été admis que les cantons conservent une importante marge de manœuvre pour choisir la forme sous laquelle les ayants droit au vote par correspondance doivent attester de leur qualité d'électeur et que tout moyen permettant une identification fiable des électeurs est admissible, comme par exemple la signature d'un formulaire ou une autre façon de faire, le droit fédéral n'énonçant pas d'exigences précises à ce propos (ATF

121 I 187 c. 3f). Selon l'adage "*qui peut le plus, peut le moins*", il n'y a pas de raison d'être plus strict vis-à-vis des citoyennes et citoyens votant aux urnes que vis-à-vis de ceux votant par correspondance. Le vote par correspondance recèle notablement plus de risques à cet égard.

**8.5** L'autorité précédente se base sur les déclarations du responsable des observateurs fédéraux (n° 7-2017 vol. II p. 327) qui a déclaré qu'aucun contrôle d'identité n'avait eu lieu lors du vote aux urnes, pour affirmer que les membres du bureau électoral n'ont pas été en mesure de contrôler la concordance entre les noms inscrits sur les cartes de légitimation et l'identité des détenteurs de celles-ci. Cet argument tombe à faux. Comme on l'a vu plus haut (voir c. 8.4), l'absence de contrôle d'identité ne signifie pas que les membres du bureau électoral connaissaient chacun des votants, mais seulement qu'ils n'avaient pas de doute concret quant à leur légitimité (p. ex. en raison de divergences entre les observations des membres du bureau électoral et les données indiquées sur la carte de légitimation).

**8.6** Contrairement à ce que soutiennent la Préfecture et les intimés (intimé n° 15), la très forte participation, le nombre élevé d'électeurs et d'électrices venus exercer leur droit de vote en personne, ainsi que le fait que les membres du bureau de vote ne connaissaient pas chacun des citoyennes et citoyens ne sont pas des circonstances particulièrement exceptionnelles. En effet, d'autres villes du canton de Berne, comptant un nombre d'habitants plus élevé que Moutier, appliquent le même système de contrôle du vote aux urnes et ce, bien que les membres du bureau électoral ne connaissent certainement pas l'entier du corps électoral. On relèvera à cet égard que le risque d'abus est d'autant moins important lors du vote aux urnes, du seul fait qu'en cas de doute, une pièce d'identité peut être exigée. Une personne envisageant par exemple de voter pour une tierce personne ne prendra certainement pas le risque de se présenter au bureau de vote, *a fortiori* si, comme pour la présente votation, il est annoncé que des observateurs fédéraux seront présents et les contrôles renforcés.

**8.7** En d'autres termes, c'est à tort que la Préfecture a considéré que l'art. 13 LDP cantonale n'était pas conforme à la jurisprudence fédérale relative à la composition exacte du corps électoral et qu'elle a reproché à la

commune de Moutier une absence de contrôle systématique des ayants droit au vote.

## **9. Recours relatif à l'exercice du droit de vote par correspondance (n° 19-2017)**

**9.1** Un des recourants devant la Préfecture, dans un recours intitulé "*Usurpation du droit de vote par correspondance*", a contesté le résultat du vote en invoquant différents problèmes liés au vote par correspondance (intimé n° 16). Il a fait valoir en substance que malgré les différentes mesures prises pour parer les manipulations, celles-ci n'ont pas pu être empêchées (n° 19-2017 p. 1-4).

**9.1.1** Dans sa décision sur recours litigieuse, la Préfecture a relevé plusieurs irrégularités en lien avec le vote par correspondance. Tout d'abord, elle a mis en avant le fait que certains courriers adressés des personnes suivies par le Service social régional de la Prévôté (SSRP) avaient été envoyés au SSRP bien que celles-ci n'étaient pas placées dans des institutions. Pour l'autorité précédente, l'abus du matériel de vote par des personnes membres de ce service administratif de la commune de Moutier ne peut pas être totalement exclu. La Préfecture a ensuite remis en cause la possibilité pour les ayants droit de voter par correspondance dans un container placé à la Sociét'halle durant le vote aux urnes, ainsi que la possibilité de voter par correspondance en dehors des heures d'ouverture de la commune. Elle a estimé que ni le container de la Sociét'halle ni les horaires d'ouverture élargis du vote par correspondance n'étaient autorisés par l'arrêté du 25 janvier 2017, ce qui est, selon elle, constitutif d'irrégularités. Quant au reproche qui lui est fait d'avoir statué sur un grief non soulevé par les recourants, l'autorité précédente répond dans son préavis que ce point faisait partie de l'objet du litige si bien que, dans ce cadre, en cas de constat d'irrégularités, il convient d'appliquer le droit d'office. Elle relève en outre que les mesures prévues par l'arrêté du 25 janvier 2017 étaient exhaustives et que la commune ne pouvait pas, de son propre chef, en prévoir d'autres. Dans tous les cas, elle estime que ces

mesures supplémentaires auraient dû être prévues par le règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes.

**9.1.2** Les recourants reprochent à la Préfecture d'avoir violé les art. 8 LDP fédérale et 34 Cst. ainsi que limité la liberté de vote des citoyennes et citoyens en contestant le droit de vote par correspondance (recourante n° 2). Ils soulignent que la commune de Moutier avait souhaité supprimer le vote par correspondance, ce qui aurait été refusé par le Conseil-exécutif du canton de Berne (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, 9-146 et 147-149). Par ailleurs, aucune irrégularité n'aurait été constatée par les observateurs fédéraux lors du dépouillement (recourants n<sup>os</sup> 1 et 2). S'agissant du container placé à la Sociét'halle, les recourants estiment que l'autorité précédente a outrepassé son pouvoir d'examen, dans la mesure où ce grief n'aurait pas été soulevé par les recourants devant la Préfecture et qu'un tel container n'était pas interdit par l'arrêté du 25 janvier 2017 (recourante n° 2). Au contraire, selon les recourants, tant le responsable des observateurs fédéraux que le vice-chancelier avaient été informés de la présence de ce second container (recourante n° 2). Sur ce point, ils soulignent qu'un recours aurait dû intervenir contre la présence de ce second container à la Sociét'halle dans un délai de dix jours dès la connaissance de celui-ci, soit dès la remise du matériel de vote (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

**9.1.3** En substance, l'intimé n° 16 fait valoir devant le TA que la commune de Moutier a perdu tout contrôle sur le matériel de vote et sur son utilisation dès l'envoi du matériel de vote par correspondance. Il dénonce le fait que l'urne habituellement utilisée pour le vote par correspondance ait été condamnée par un simple ruban autocollant, ce qu'il juge insuffisant. Est en outre particulièrement critiquée par l'intimé n° 16 devant le TA l'ouverture d'un container réservé au vote par correspondance dans le local de vote ce qui permettrait, selon l'intimé n° 16, d'élargir l'usage abusif du vote par correspondance. Pour l'intimé n° 16, le vote par correspondance aurait dû être clos au plus tard à l'ouverture du vote aux urnes. Il s'interroge finalement sur l'utilité de ce second container dans la mesure où le citoyen qui souhaitait voter et qui s'était déplacé au bureau de vote, disposait du système de vote aux urnes.

**9.2** Selon l'art. 8 LDP fédérale, les cantons instituent une procédure simple pour le vote par correspondance. Ils arrêtent notamment les prescriptions tendant à garantir le contrôle de la qualité d'électeur, à assurer un dépouillement sans lacunes du scrutin, à sauvegarder le secret du vote et à prévenir les abus (al. 1). Les électeurs peuvent voter par correspondance dès qu'ils ont reçu les documents qui, au regard du droit cantonal, leur permettent d'exprimer valablement leur vote (al. 2). Au niveau cantonal, l'art. 8 LDP cantonale prévoit que les votations et les élections ont lieu aux urnes (al. 1). L'électeur ou l'électrice vote en personne aux urnes, par correspondance ou par voie électronique aux conditions énoncées à l'art. 18 (al. 2). Le Conseil-exécutif peut restreindre le vote par correspondance ou l'ordonner si la garantie de l'exercice du droit de vote l'exige. Il peut notamment l'ordonner si des cas de force majeure rendent le vote aux urnes impossible ou le compromettent fortement (al. 3).

Les art. 14 ss LDP cantonale traitent précisément de la question du vote par correspondance. Ainsi, selon ces articles, le vote par correspondance est autorisé dès réception du matériel de vote (art. 14 LDP cantonale). S'agissant du délai de dépôt, l'art. 16 LDP cantonale prévoit que si l'enveloppe-réponse est acheminée par la poste, elle doit parvenir à la commune au plus tard le samedi qui précède le jour du scrutin. L'enveloppe-réponse doit être déposée dans la boîte aux lettres de la commune prévue à cet effet au plus tard le samedi qui précède le jour du scrutin. La commune peut prolonger ce délai. Elle indique l'heure de la dernière levée sur la boîte aux lettres (al. 2). S'agissant des dispositions communales, celles-ci renvoient aux dispositions cantonales et fédérales relatives au vote par correspondance (art. 3 du règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes).

**9.3** D'emblée, il y a lieu de rappeler que dans son recours devant la Préfecture, l'intimé n°16 a contesté le résultat du vote du 18 juin 2017 en soulevant différents griefs liés au vote par correspondance et aux risques d'usurpation qui y sont liés. L'objet de la contestation devant la Préfecture était ainsi la votation du 18 juin 2017. Il constitue le cadre maximal de l'examen auquel peut procéder l'autorité de recours. L'objet du litige devant

l'autorité est la partie de l'objet de la contestation que la partie recourante entend remettre en question (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.* art. 25 n. 13 ss). En l'espèce, l'intimé n° 16 demandait l'annulation de la votation.

**9.3.1** La détermination de l'objet du litige a longtemps été sujette à controverse, en particulier en droit bernois. La première approche s'intéresse uniquement au rapport juridique qui est véritablement contesté ("*objektmässige Streitgegenstandsbestimmung*"; approche retenue de longue date par le TF en droit fédéral: ATF 136 II 165 c. 5.2, 131 II 200 c. 3.3, 131 V 164 c. 2.1; arrêt TF 1C\_330/2013 du 15 octobre 2013 c. 2.2, 2C\_642/2007 du 3 mars 2008 c. 2.2, 2C\_446/2007 du 22 janvier 2008 in: StR 2008 p. 376 c. 2). La seconde approche, longtemps appliquée par les autorités bernoises, prenait en compte également les griefs invoqués ("*aspektmässige Streitgegenstandsbestimmung*"; voir à ce sujet: VGE 100.2014/322 du 3 mai 2016 c. 1.3 ainsi que MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 25 n. 15 et, en outre, MARKUS BERGER, *Sachverhaltsermittlung im ursprünglichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess* in: JAB 2014 p. 550 c. 3.3; MICHEL DAUM, *Ist die rügebezogene Beurteilung der Legitimation zu Nachbarbeschwerden im Baurecht überholt?* in: JAB 2014 p. 83 c. 7.4; CHRISTOPH AUER, *Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen*, 1997, p. 39 ss).

**9.3.2** En l'occurrence, tant sous l'angle de la première approche ("*objektmässig*") appliquée par le TF que de la seconde ("*aspektmässig*") anciennement suivie par les autorités bernoises, l'examen d'office par la Préfecture des différentes questions liées au vote par correspondance ne prête aucunement le flanc à la critique. Estimant, au cours de son instruction, que les heures d'ouverture élargies ou encore le container déposé à la Sociét'halle ne respectaient pas les règles applicables à la votation, la Préfecture était en droit de procéder à un examen d'office de ces questions, même si l'intimé n° 16 n'avait pas expressément soulevé ces points dans ses griefs relatifs au vote par correspondance dans son recours adressé à la Préfecture (mais uniquement dans sa réponse aux recours devant le TA). L'autorité précédente n'a, ce faisant, aucunement étendu l'objet de la contestation et du litige et est restée dans les limites de

l'objet du litige (annulation du vote) et même de la thématique abordée par l'intimé n° 16 dans son recours (vote par correspondance et abus liés à celui-ci). Dans le cadre de l'objet du litige ainsi défini, la Préfecture se devait de constater les faits d'office (art. 18 al. 1 LPJA) et d'appliquer le droit d'office (art. 20a al. 1 LPJA). Elle n'était pas liée par les faits allégués par les parties et était en droit de soulever des questions en rapport avec le vote par correspondance que la partie recourante n'avait pas abordées.

**9.4** Les recourants font valoir que le grief relatif aux horaires élargis du vote aux urnes ainsi qu'au container de la Société'halle aurait dû être soulevé au plus tard contre l'acte préparatoire que constituait l'envoi du matériel de vote, dans lequel tous les détails étaient indiqués. Le défaut de recours contre cet acte entraîne, à leurs yeux, la péremption du droit d'invoquer les éventuels vices formels qui y sont liés et empêche la Préfecture de revoir cette question (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

**9.4.1** Selon la jurisprudence du TF et du TA, lorsque des irrégularités sont constatées dans des actes préparatoires, elles doivent être aussitôt attaquées par le citoyen. Si celui-ci renonce à agir, il perd en principe son droit de contester le vote ou l'élection (ATF 140 I 338 c. 4.4 et les références citées; JAB 2017 p. 459 c. 3). La question de savoir si le droit d'attaquer les irrégularités est périmé ou non ne dépend pas du comportement des citoyennes et citoyens directement touchés par celles-ci, mais uniquement du fait que le recourant avait déjà connaissance des irrégularités avant la votation. Ce n'est que si tel est effectivement le cas et si, en raison des circonstances, on pouvait attendre de sa part qu'il attaque immédiatement ces irrégularités que l'on peut retenir une péremption du droit du recourant. Si, en revanche, le recourant n'a eu connaissance qu'après la votation des irrégularités relatives au matériel de vote, alors son droit d'attaquer le résultat de la votation en raison de celles-ci n'est pas périmé (ATF 114 Ia 42 c. 4b, 110 Ia 178 c. 2a). En d'autres termes, si le citoyen n'a pas contesté les irrégularités avant la votation, bien qu'il en aurait eu la possibilité et qu'on pouvait l'exiger de lui en raison des circonstances, il perd le droit d'attaquer le résultat de la votation (arrêt TF 1C\_320/2015 du 20 janvier 2016 c. 4 et les références citées).

**9.4.2** La première question à trancher est celle de savoir si l'on pouvait attendre des recourants devant la Préfecture qu'ils relèvent immédiatement ces prétendues irrégularités au vu des circonstances du cas particulier. Pour rappel, l'arrêté du Conseil-exécutif réglant notamment la remise de l'enveloppe-réponse au service communal compétent est daté du 25 janvier 2017. Celui-ci a la teneur suivante:

*"Un container est placé par la commune de Moutier, dès l'envoi du matériel de vote aux citoyens et citoyennes et durant les heures d'ouverture de l'administration communale, dans un lieu de l'Hôtel de Ville accessible au public à l'intention des personnes qui se déplacent physiquement pour déposer leur enveloppe-réponse du vote par correspondance. La commune de Moutier est chargée d'informer les ayants droit au vote dans ce sens" (ch. 2.2 de l'arrêté du 25 janvier 2017).*

L'arrêté du 25 janvier 2017 a été publié dans la Feuille officielle du Jura bernois et dans la Feuille officielle d'avis du district de Moutier (ch. 7 de l'arrêté du 25 janvier 2017), si bien qu'il est réputé connu de tous les citoyens et citoyennes. Par ailleurs, cet arrêté a fait l'objet d'un communiqué de presse du canton de Berne le 31 janvier 2017 (disponible sur le site internet du canton de Berne, onglets "*Infos médias*", "*communiqués de presse*" et "*archives*"). Celui-ci indiquait:

*"[...] En guise d'alternative, les parties ont décidé de libeller les enveloppes-réponses pour le vote par correspondance à l'adresse de l'Office fédéral de la justice, à Berne. Cette mesure doit permettre de rassurer le corps électoral et garantir un traitement irréprochable du matériel de vote. Les enveloppes, qui porteront une mention «Votation Moutier 18 juin 2017», seront conservées dans des urnes scellées à l'OFJ avant d'être transportées à Moutier pour le dépouillement. Pour que les citoyens puissent déposer personnellement leur enveloppe de vote auprès de la commune, un container scellé par l'OFJ sera mis à disposition durant les heures d'ouverture de l'administration à l'Hôtel de Ville de Moutier [...]."*

Dans le courant du mois de mai 2017, les citoyennes et citoyens de Moutier ont reçu leur matériel de vote accompagné du "*mode d'emploi*" y relatif (n° 7-2017 vol. VI p. 1296 et 1297). Dans celui-ci figurent les informations relatives au vote par correspondance. Il y est indiqué que l'enveloppe-réponse peut être déposée notamment le vendredi 16 juin 2017 de 8h00 à 11h00 et de 14h00 à 17h00 dans le container prévu à cet effet dans le hall de l'Hôtel de Ville, ainsi que dans le container installé pour ce faire à la Sociét'halle, durant les heures d'ouverture du bureau de pose, soit du vendredi 16 au dimanche 18 juin 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1296 et

1297). Ces informations ont également été publiées dans la feuille officielle du District de Moutier du 24 mai 2017 (n° 7-2017 vol. VI p. 1298).

**9.4.3** Ainsi qu'on le verra ci-dessous, il faut toutefois relever que les modalités du vote par correspondance ont fait l'objet de séances et discussions entre les représentants de la commune de Moutier, de la Chancellerie d'Etat du canton de Berne et de la Confédération (voir c. 9.5.2 ci-dessous). Contrairement à ce qu'invoquent les recourants (en particulier recourante n° 2), on ne saurait admettre que l'on pouvait exiger des citoyennes et citoyens de Moutier, sur la base des informations dont ils disposaient, qu'ils relèvent d'emblée une violation des règles prévues que ni la commune de Moutier, ni les représentants de la Chancellerie d'Etat du canton de Berne et de l'OFJ n'ont reconnue lors de la préparation du vote. La recourante n° 2 est d'ailleurs elle-même (toujours) d'avis qu'elle n'a pas violé les règles prévues dans l'organisation du vote par correspondance mise sur pied par tous les intervenants. Elle ne peut donc faire grief aux citoyennes et citoyens de ne pas avoir interjeté recours contre la publication des modalités du vote par correspondance.

**9.4.4** Au demeurant, même si, contrairement à ce qui précède, on devait arriver à la conclusion que les griefs relatifs au container de la Sociét'halle et aux heures d'accès à l'urne du bâtiment communal devaient être soulevés dès connaissance de l'acte préparatoire en cause et que, par conséquent, le recourant ne pouvait plus prétendre au jugement de cette question, cela n'empêchait pas la Préfecture de se pencher sur ce grief d'*office* (voir c. 9.3 ci-dessus), dans le cadre de l'examen d'un recours recevable contre le résultat du vote. En plus, la Préfecture est autorité de surveillance des communes au sens de l'art. 87 de la loi cantonale du 16 mars 1998 sur les communes (LCo, RSB 170.11). La pratique bernoise (avant l'entrée en vigueur de la garantie de l'accès au juge au 1<sup>er</sup> janvier 2009 et l'intégration dans la LPJA des règles en matière de "plainte en matière communale") admettait déjà que les préfectures qui traitent de tels recours ne sont pas tenues de se limiter, du fait de leurs compétences en matière de surveillance, à l'objet du litige fixé par les parties lorsqu'elles sont convaincues, sur la base de leur propre examen ou de la dénonciation de tiers, que l'acte communal doit être annulé pour des motifs totalement

autres (JAB 2000 p. 549 c. 6). Cette pratique expressément appliquée en matière d'arrêtés communaux votés en assemblée communale l'est également en matière de votation aux urnes, les préfectures exerçant également la surveillance directe sur les communes dans ce domaine (art. 34 ODP cantonale). Si, dans l'hypothèse d'une péremption du droit d'invoquer ce grief, la Préfecture ne pouvait formellement admettre le recours pour ce motif (faute de contestation de cet acte préparatoire dans les délais), on ne saurait lui reprocher d'avoir examiné la question de la licéité de l'extension des heures de vote par correspondance ainsi que du container de la Socié't'halle et d'en avoir apprécié les conséquences sur la validité du vote.

## **9.5**

**9.5.1** Les modalités de vote choisies par la commune de Moutier n'étaient pas conformes à l'arrêté du 25 janvier 2017, puisque celui-ci indiquait qu'un container scellé par l'OFJ serait mis à disposition durant les heures d'ouverture de l'administration à l'Hôtel de Ville de Moutier. En l'espèce, non seulement les heures d'ouverture de l'administration de l'Hôtel de Ville ont été élargies (17h00 au lieu de 16h00 habituellement le vendredi), mais container a été mis à disposition à la Socié't'halle durant toute la durée de vote aux urnes, soit les vendredi, samedi et dimanche. Il convient d'examiner si ces modifications constituent des violations graves des dispositions applicables. Au vu de l'arrêté du 25 janvier 2017, il est patent que la commune de Moutier n'avait pas la latitude de prolonger l'horaire de l'accès aux containers de vote par correspondance en se fondant sur l'art. 16 al. 2 LDP cantonale ou même sur l'art. 5 al. 3 de son règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes (dispositions qui autorisent, en temps normal, les communes à aménager l'horaire de vote par correspondance). Elle n'avait pas non plus la compétence de prévoir un container pour les enveloppes du vote par correspondance à la Socié't'halle, ni de décider que celui-ci serait encore accessible les vendredi soir, samedi et dimanche, en parallèle au vote physique aux urnes. Si la simple prolongation d'une heure de l'accès à l'urne à l'Hôtel de Ville pourrait a priori apparaître comme une violation d'une importance limitée de l'arrêté du 25 janvier 2017, il en va en tous les cas différemment de l'installation du container de la Socié't'halle. Celui-ci a ouvert une troisième

possibilité de vote par correspondance non prévue par l'arrêté précité. On ne saurait suivre à cet égard la recourante n° 2 lorsqu'elle affirme que le fait que le container à la Sociét'halle n'ait pas été prévu par l'arrêté du 25 janvier 2017 ne signifie pas qu'il soit interdit. L'arrêté du 25 janvier 2017 était justement destiné à parer (ou du moins limiter) les abus possibles en matière de vote par correspondance. En multipliant les possibilités de vote par correspondance, qui plus est en les prévoyant les jours du scrutin en parallèle avec le vote physique aux urnes (même jusqu'au dimanche à midi), il est patent que la commune de Moutier a non seulement violé gravement une disposition formelle réglant le déroulement de la votation, mais a également facilité la tâche des éventuelles personnes désireuses de glisser des votes illicites. En effet, en se rendant le vendredi soir, le samedi ou le dimanche à la Sociét'halle (aménagée comme bureau de pose pour l'occasion), ces personnes n'auraient certainement pas pris le risque de déposer leur(s) bulletin(s) ouvert(s) dans les urnes, au vu du grand nombre de personnes chargées de la surveillance du vote (représentants des différentes partis, observateurs fédéraux). En outre, on rappellera que l'art. 22 al. 1 let. d LDP cantonale prévoit que le vote par correspondance est nul si l'enveloppe-réponse parvient à la commune après le délai fixé. Si des votes tardifs sont considérés comme nuls, on ne voit par pourquoi les votes glissés dans un container non prévu à cet effet devraient être considérés comme valables. En l'occurrence, toutes les enveloppes glissées dans l'urne de l'Hôtel de Ville en dehors des heures d'ouverture de l'administration et dans le container de la Sociét'halle sont en réalité arrivées hors délai (selon les règles fixées par l'arrêté du 25 janvier 2017) et les votes qu'ils contenaient devraient ainsi être déclarés nuls.

**9.5.2** Comme le relèvent les recourants, en date du 26 avril 2017, une séance à l'Hôtel de Ville de la commune de Moutier s'est tenue en présence notamment du responsable des observateurs fédéraux délégués à Moutier, du vice-chancelier du canton de Berne, du chancelier municipal, ainsi que son adjointe. Il ressort du résumé de ladite séance que les participants ont convenu que le container du vote par correspondance de l'Hôtel de Ville serait déplacé à la Sociét'halle le vendredi 16 juin 2017 dès 17h00, fermeture des locaux de l'administration (PJ 8 recourante n° 2). Par ailleurs, il a été décidé par les différents participants que le plan de la

Sociét'halle, ainsi que les informations relatives à la votation du 18 juin 2017 transmises à la population leur seraient remis ultérieurement. Ces informations ont effectivement été transmises par la commune de Moutier en date du 2 mai 2017 à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne, ainsi qu'au responsable des observateurs fédéraux délégués à Moutier (PJ 9 et 10 recourante n° 2). Les différentes modalités de vote prévues par la commune de Moutier (horaires élargis et autre container à la Sociét'halle les vendredi soir, samedi et dimanche) ressortaient clairement des documents remis par la commune de Moutier dans son e-mail du 2 mai 2017 (PJ 10 recourante n° 2).

On peine à comprendre, d'une part, pourquoi la commune de Moutier s'est écartée des règles prévues et, d'autre part, surtout, pour quelles raisons tant les observateurs fédéraux que la Chancellerie d'Etat du canton de Berne ont toléré cette solution (recourante n° 2). Le fait que ni la Chancellerie d'Etat, ni le responsable des observateurs fédéraux n'ont trouvé à redire à ces nouvelles possibilités de vote, ne corrige toutefois pas les vices relevés ci-dessus et ne change rien à la gravité de la violation des règles formelles posées en matière de vote par correspondance.

**9.5.3** Dans ces circonstances, on ne peut reprocher à la Préfecture d'avoir retenu d'office cette violation grave à l'appui de sa décision sur recours d'annulation de la votation du 18 juin 2017.

**9.6** Quant à la problématique soulevée par la Préfecture relative à l'envoi des courriers de personnes suivies par le SSRP adressés à ce service communal, rien au dossier ne permet de supputer l'abus de matériel de vote par des personnes membres de ce service administratif de la commune. Aucune irrégularité sur ce point ne peut dès lors être admise.

**9.7** S'agissant finalement du grief par lequel les recourants devant la Préfecture invoquent qu'un vote par correspondance n'aurait pas dû être instauré lors du scrutin litigieux au vu des risques d'usurpation, grief sur lequel la Préfecture n'a pas statué en tant que tel, il convient de mentionner ce qui suit. Dans le rapport du 25 janvier 2017, le Conseil-exécutif a expressément renoncé à la suppression du vote par correspondance, considérant que les conditions fixées à l'art. 8 al. 3 LDP cantonale n'étaient

pas remplies et ce, malgré le souhait émis par la commune de Moutier dans ce sens (voir chiffre 4.3 du rapport du 25 janvier 2017). On ne saurait donc considérer, une fois le scrutin passé et alors que le Conseil-exécutif y a explicitement renoncé, que le vote par correspondance devait être supprimé. A toutes fins utiles et comme le font valoir les recourants n<sup>os</sup> 147-149, on relèvera que l'instauration du vote par correspondance aurait dû être remise en cause avant le scrutin litigieux, puisqu'elle constituait également un acte préparatoire (voir c. 9.4.1 ci-dessus). Cette question peut toutefois demeurer ouverte au vu de l'issue de la procédure au fond.

**9.8** Il ressort de ce qui précède que la Préfecture a agi conformément au droit en examinant d'office la question du respect de l'arrêté du 25 janvier 2017 s'agissant des modalités du vote par correspondance et a, à juste titre, retenu une violation grave des règles formelles à cet égard (container non prévu à la Sociét'halle et prolongation des heures d'ouverture de l'urne à l'Hôtel de Ville).

## **10. Conséquences sur la votation litigieuse**

**10.1** On l'a vu plus haut (c. 4.2), en matière de recours contre une votation, celle-ci n'est annulée qu'à la double condition que la violation constatée soit grave et qu'elle ait pu avoir une influence sur le résultat du vote (ATF 145 I 1 c. 4.2, 143 I 78 c. 7.1 et les arrêts cités; arrêt TF 1C\_338/2018 du 10 avril 2019 [destiné à la publication] c. 4.1). Les recourants ne sont pas tenus d'apporter la preuve de cette influence; il suffit au contraire qu'elle apparaisse possible. A défaut d'une constatation chiffrée de l'impact d'une irrégularité dans la procédure, son influence sur le résultat est déterminée selon l'ensemble des circonstances et, en principe, avec plein pouvoir d'examen. Il faut notamment tenir compte de l'écart de voix, de la gravité de l'irrégularité et de sa portée sur le vote dans son ensemble. Si la possibilité d'un résultat différent, dans l'hypothèse où l'irrégularité ne serait pas survenue, apparaît à ce point minime qu'elle ne puisse pas entrer sérieusement en considération, il n'y a pas lieu à annulation du vote (ATF 145 I 1 c. 4.2, 143 I 78 c. 7.1, 135 I 292 c. 4.4, 132 I 104 c. 3.3, 130 I 290 c. 3.4).

## **10.2 Influence sur la votation du courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC (n° 7-2017)**

### **10.2.1**

a) Se fondant sur l'information donnée par la recourante n° 2 selon laquelle 157 courriers avaient été envoyés (n° 7-2017 vol. I p. 122), la Préfecture a considéré qu'environ 200 personnes avaient pu être influencées par le message (157 courriers x 2 [deux parents] - 1/3 [estimation du nombre de personnes non inscrites au registre des électeurs]). Elle a en outre retenu que la différence de voix était inférieure à ces 200 personnes potentiellement influencées et que la thématique de la conciliation de la vie familiale et du travail était une question essentielle pour les parents qui travaillent (et qui ont justement recouru aux structures telles que l'EJC). Elle est ainsi arrivée à la conclusion que la possibilité d'un résultat différent n'était pas à ce point minime qu'elle ne pourrait pas sérieusement entrer en considération. Dans son second préavis, la Préfecture conteste le nombre de destinataires influencés avancé par les recourants et, sur la base de la liste des personnes/familles ayant reçu la lettre du 23 mai 2017, parvient à un nombre de 215 personnes potentiellement touchées (sans compter les enfants majeurs, les membres du personnel de l'EJC et leurs familles).

b) Pour les recourants, le courrier litigieux ne recelait rien de nouveau et n'était pas un élément clef de l'objet du scrutin, de sorte qu'il n'a pu avoir aucune influence sur les citoyennes et citoyens (recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 147-149). Selon les recourants, seul un nombre restreint de personnes aurait été influencé par le courrier, si bien que celui-ci n'a eu aucune incidence sur le résultat (recourants n<sup>os</sup> 3-8). S'appuyant sur la liste des personnes/familles qui ont reçu la lettre du 23 mai 2017 (demandée par le juge instructeur en date du 21 mars 2019), la recourante n° 2 a indiqué le 4 avril 2019 que le courrier litigieux avait été envoyé à 161 personnes/familles, soit 179 personnes en tenant compte des couples et que, parmi celles-ci, seules 86 avaient le droit de vote en matière communale et pouvaient voter le 18 juin 2017. Dans sa réplique du 3 mai 2019 (ch. 28.8 de ladite réplique), la recourante n°2 a modifié ses données et avancé que ledit courrier avait atteint 178 personnes dont seules 82

avaient le droit de vote en matière communale et 75 avaient réellement voté, dont une grande majorité s'était déjà positionnée ouvertement et publiquement en faveur du "oui" ou du "non", bien avant d'avoir reçu le courrier du 23 mai 2017. A ce titre, certains recourants ont soumis un questionnaire à un panel de 40 citoyennes et citoyens de Moutier ayant reçu le courrier du 23 mai 2017 afin de leur demander si ledit courrier avait influencé leur vote (recourants n<sup>os</sup> 147-149). Sur la base de ces questionnaires, les recourants arrivent à la conclusion que s'agissant de ces 40 personnes, le courrier du 23 mai 2017 n'a eu aucune influence sur la façon de voter de celles-ci (recourants n<sup>os</sup> 147-149). Sur remarque des intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 selon laquelle le courrier a également été envoyé à l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs de l'EJC (en référence à la partie de la lettre s'adressant à "[...] *l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs de l'EJC [...]*"; voir 5.1 ci-dessus), les recourants nient que l'écrit ait été envoyé au personnel de l'EJC (recourante n° 2).

**c)** Les intimés se rallient à la position de la Préfecture d'après laquelle environ 200 personnes ont été concernées par le courrier litigieux. A ce nombre doivent être ajoutés les collaborateurs et collaboratrices auxquels le courrier aurait également été envoyé selon les intimés (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). De l'avis des intimés, s'agissant de ces différentes personnes (parents ou collaborateurs), l'organisation familiale ou professionnelle dépendait du maintien de la structure, de sorte que la question de l'EJC a été fondamentale dans le vote du 18 juin 2017 (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Finalement, les intimés remettent en cause le sérieux avec lequel la recourante n° 2 a organisé le scrutin du 18 juin 2017, respectivement son comportement en procédure, s'appuyant sur des chiffres, selon eux, erronés qui auraient été transmis au TA eu égard au nombre de destinataires du courrier litigieux (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

### **10.2.2**

**a)** S'agissant tout d'abord du nombre de personnes concernées ou potentiellement influencées, il y a lieu de mentionner ce qui suit. Sur question du juge instructeur de savoir s'il existait une liste répertoriant les 157 personnes/familles auxquelles la lettre du 23 mai 2017 avait été adressée, la recourante n° 2 a fourni une liste en précisant que le courrier

avait été envoyé à 161 personnes et que, si l'on tenait compte du fait que certaines personnes vivent en couple, l'écrit avait potentiellement atteint 179 personnes (chiffre corrigé à 178, voir c. 10.2.1.b ci-dessus). La commune de Moutier a également précisé que sur ces 179 personnes, seules 86 (chiffre corrigé à 82, voir c. 10.2.1.b ci-dessus) avaient le droit de vote en matière communale et pouvaient voter le 18 juin 2017.

**b)** Il y a lieu tout d'abord d'admettre, avec la Préfecture, qu'en fournissant des calculs sur le nombre de personnes potentiellement influencées par ledit courrier, la commune de Moutier ne s'est pas limitée à répondre à la question qui lui avait été posée, puisque seule la liste des destinataires lui avait été demandée par le juge instructeur. En se positionnant de manière détaillée sur le nombre de personnes ayant été potentiellement influencées, l'on pouvait à tout le moins attendre de la recourante n° 2 qu'elle fournisse des informations complètes et exhaustives. Force est toutefois de constater que tel n'a pas été le cas. En effet, dans son calcul, la recourante n° 2 a tenu compte "[...] *du fait que certaines personnes vivent en couple* [...]" et a également examiné les personnes détentrices ou non du droit de vote en matière communale au moment du vote. Les renseignements fournis par la commune de Moutier à ce titre sont lacunaires puisqu'une simple comparaison de la liste des destinataires du courrier du 23 mai 2017 et de la liste des électeurs permet de constater que d'autres personnes ont été potentiellement influencées par ce courrier. Plusieurs couples mariés n'ont pas été pris en compte dans le calcul (alors que d'autres l'ont été) et les époux ou épouses (ayant le droit de vote) de personnes non titulaires du droit de vote mais destinataires de la lettre n'ont pas non plus été comptabilisés. A ce titre, les calculs de la recourante n° 2 sont inachevés et incomplets. En effet, en comparant la liste fournie par la commune de Moutier à la liste des électeurs sur la base de laquelle le contrôle a été effectué lors de la votation du 18 juin 2017 (n° 11-2017 vol. I p. 113 ss) et en comptabilisant toutes les personnes habitant à la même adresse, portant le même nom, étant majeures au jour de la votation (y compris enfants majeurs), ainsi qu'ayant le droit de vote au moment de la votation (cumulativement), on peut admettre qu'au moins 117 personnes ont été potentiellement influencées par la lettre du 23 mai 2017 au moment du scrutin. A ce

nombre devraient être ajoutés les éventuels grands-parents, concubins et couples mariés ne portant pas le même nom, qui n'ont pas été pris en compte dans le calcul faute de pouvoir les établir précisément, mais qui ont potentiellement pu être influencés puisque indirectement concernés par la question. Si la recourante n° 2 prétend que le courrier litigieux n'a pas été envoyé physiquement aux collaborateurs de l'EJC, il n'en demeure pas moins que celui-ci leur était également destiné (voir courrier du 23 mai 2017 qui avait pour but de rassurer notamment "*l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs*"; c. 5.1 ci-dessus). Au vu de ce qui précède, un nombre précis des personnes ayant potentiellement pu être influencées ne peut être établi avec certitude. Le chiffre de 200 personnes retenu par l'autorité précédente dans la décision sur recours litigieuse n'apparaît à cet égard pas manifestement exagéré ou disproportionné au regard de ce qui a été développé ci-dessus. Rappelons à ce propos qu'il aurait suffi que 69 personnes (soit la moitié des 137 voix d'écart) aient voté différemment pour que le résultat de la votation soit autre. En d'autres termes, au vu de l'ensemble des circonstances, il doit être admis que s'agissant du nombre de voix, la lettre du 23 mai 2017 a pu avoir une influence sur le résultat du vote et ce, sans qu'il soit nécessaire de contrôler si les personnes touchées ont bien déposé une carte de légitimation ou d'interpeller les intéressés pour tenter de connaître de quelle manière ils ont perçu la lettre en question (recourants n<sup>os</sup> 3-8).

**c)** Les recourants pensent pouvoir établir, sur la base d'un questionnaire envoyé à un panel de 40 personnes, l'intention de vote des citoyennes et citoyens en question (recourants n<sup>os</sup> 147-149) et contestent ainsi que le courrier ait influencé lesdits citoyennes et citoyens. Cet argument tombe à faux. Comme l'a déjà indiqué le TF, il est impossible de déterminer avec certitude ce que chacun a voté, le principe du secret du vote empêchant de telles supputations (ATF 49 I 416 c. 5; voir également art. 5 al. 7 LDP fédérale). Par conséquent, même si certains citoyens et citoyennes se sont engagés en faveur de l'une des deux opinions, il ne peut, *a posteriori*, en être déduit que le courrier litigieux n'a eu aucune influence sur le résultat du vote.

**10.2.3** Du point de vue de son contenu, il doit également être admis que le courrier du 23 mai 2017 a pu avoir une influence sur le résultat de la votation. Il ne faut pas perdre de vue que le courrier envoyé aux parents des élèves fréquentant l'EJC traite d'une question centrale pour des parents, à savoir le maintien ou non de l'EJC, respectivement l'étendue des prestations de celle-ci. Pour des parents d'enfants en âge d'être scolarisés et faisant justement usage de l'institution de l'EJC, il ne fait aucun doute que la thématique était primordiale et a pu déterminer leur vote (voir également l'avis de GLASER/LEHNER, *Moutier, quo vadis? Die Aufhebung der Volksabstimmung über den Kantonswechsel* in: PJA, vol. 4/2019, p. 452 ss [459]). Il y a lieu de se rallier à la position de l'autorité précédente et des intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14, selon laquelle les informations transmises à un groupe ciblé de la population sont problématiques sous l'angle du principe de la transparence, dans la mesure où elles visent à atteindre un destinataire en particulier au moyen d'un sujet qui le concerne spécialement et auquel il accorde une grande importance (voir commentaire de l'arrêt TF 1C\_641/2013 du 24 mars 2014 de MICHEL BESSON in: ZBI 11/2014 p. 620 ss [621]).

**10.2.4** Comme le font valoir les recourants, il y a finalement lieu d'examiner le cas concret à la lumière de la jurisprudence du TF relative au contexte de la votation (recourante n° 2; arrêt TF 1C\_24/2018 du 12 février 2019 c. 7.2). Dans cet arrêt, le TF a admis qu'une grave irrégularité avait entaché le vote (le Conseil-exécutif avait rédigé un communiqué de presse énumérant de manière unilatérale les arguments en faveur du projet soumis au scrutin, en violation du principe d'objectivité), mais qu'en raison du débat particulièrement intense qui avait eu lieu en amont du vote, les citoyennes et citoyens avaient pu objectivement se former un avis suffisant et pertinent sur le sujet du scrutin, de sorte que la possibilité que le vote ait été différent en l'absence de toute irrégularité, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, semblait être si faible qu'elle ne pouvait être sérieusement envisagée. Le TF a donc renoncé à annuler la votation sur la base de ce critère.

En l'espèce, la question de l'EJC a, certes, fait l'objet de plusieurs articles de presse comme l'ont démontré les recourants (recourante n° 2; voir n° 7-

2017 vol. VI p. 1255 à 1261). Il s'agit cependant, pour l'essentiel, d'avis de lecteurs ou de petits paragraphes en lien avec l'EJC. Cette thématique n'a pas fait l'objet d'un avis de droit, contrairement au sujet sensible de l'HJB SA, n'a que peu été traitée dans l'expertise et n'était dès lors pas véritablement au centre du débat précédant le scrutin, comme le soulignent à juste titre les recourants (recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 147-149). Partant, le débat sur ce sujet n'a pas été aussi intense que sur celui traité par le TF dans l'arrêt susmentionné. Par ailleurs, à la différence du cas précité jugé par le TF, il n'est pas ici question d'un simple communiqué de presse adressé à l'ensemble des votants et se limitant à une répétition des arguments pour le "oui" qui avaient déjà été exposés et discutés à maintes reprises. Au contraire de ce qu'avancent les recourants, ce courrier ne s'est pas non plus limité à rassurer les personnes concernées sur la *possibilité* (législative et/ou politique) de la pérennité d'une EJC à Moutier. Ce courrier allait notablement plus loin, en formulant des assurances, sans aucune réserve, alors qu'aucune garantie aussi étendue et précise n'avait été donnée par le gouvernement jurassien. En outre, en s'adressant seulement aux personnes concernées par l'EJC (voir c. 10.2.3 ci-dessus), la commune de Moutier a sciemment ciblé son intervention sur les personnes pour lesquelles cette question pouvait revêtir de l'importance pour leur vote. Par conséquent, il y a lieu d'admettre avec la Préfecture que le courrier du 23 mai 2017 adressé aux parents concernés par l'EJC était susceptible d'avoir une influence sur ceux-ci et qu'on ne peut écarter la possibilité d'un résultat différent du vote, cette éventualité n'étant pas à ce point minime qu'elle ne pourrait pas sérieusement entrer en considération. La décision sur recours de la Préfecture doit être confirmée sur ce point.

### ***10.3. Influence sur la votation des griefs relatifs à l'éditorial du magazine "Moutier.ch" rédigé par M. Winistoerfer (n° 12-2017)***

#### **10.3.1**

a) La Préfecture a considéré que dès lors qu'il avait été distribué à une large échelle, l'éditorial ne constituait pas une information légitime donnée par une autorité de la collectivité publique (ou un membre de celle-ci) dans laquelle le vote devait avoir lieu et qu'à mesure qu'il touchait des sujets sensibles et fondamentaux pour le choix des votants, il avait influencé ou

pu influencer de manière illicite le vote des citoyennes et citoyens. Elle a par ailleurs affirmé qu'on ne pouvait considérer que la possibilité d'un résultat différent, au cas où la procédure n'aurait pas été viciée, apparaissait à ce point minime qu'elle ne pouvait plus entrer en considération.

**b)** Les recourants estiment que la portée du message du maire est relative au vu de sa tardiveté (recourants n<sup>os</sup> 2, 3-8 et 147-149) et que les thèmes abordés dans celui-ci ne sont pas de nature à vicier la volonté des votants puisque l'objet du vote ne se limitait pas à ce point (recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 147-149). Ils relèvent que le message de M. Winistoerfer n'a apporté aucun élément nouveau propre à modifier la conviction acquise dans un débat qui avait déjà été expliqué par chaque camp depuis de nombreuses années (recourants n<sup>os</sup> 1, 2, et 3-8) et ce, d'autant plus que la plupart des citoyennes et citoyens avait déjà voté lorsque le message est intervenu (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

**c)** Selon les intimés, le magazine "Moutier.ch" ayant été adressé à tous les citoyennes et citoyens prévôtois, il a été lu par la totalité du corps électoral et est donc assimilable, dans son impact, à la brochure officielle adressée au corps électoral en prévision du vote (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Quant au contenu, les intimés font valoir que l'autorité a donné, sur des questions rationnelles et sensibles, des assurances, tendant précisément à influencer le vote à quatre jours du scrutin (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Ainsi, pour les intimés, la commune de Moutier a spécifiquement visé et touché les personnes indécises, celles qui pouvaient avoir des craintes sur les conséquences objectives d'un transfert ainsi que sur les différents sujets rationnels abordés par le maire et qui pouvaient privilégier des arguments et questions objectifs (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Les intimés assimilent la situation du cas particulier à deux arrêts du TF (arrêts TF 1C\_610/2017 du 7 mai 2018 et 1C\_521/2017 du 14 mai 2018; intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14). Finalement, les intimés estiment qu'il est plus vraisemblable que le corps électoral de Moutier ait lu les informations relatives à l'HJB SA contenues dans le magazine "Moutier.ch" (éditions de juin 2017 et décembre 2016) qui leur a été distribué sous forme de tout-ménage que les rapports

techniques de plusieurs centaines de pages, qui ne leur étaient qu'indirectement accessibles (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14).

**10.3.2** Il convient d'admettre avec les recourants qu'à quatre jours du scrutin, bon nombre de citoyennes et citoyens avaient déjà voté par correspondance et que seule une partie du corps électoral a potentiellement pu être influencée par l'éditorial litigieux. Néanmoins, une partie non négligeable des votants s'est déplacée aux urnes dès le vendredi soir seulement (environ 28% de bulletins valables) et certains autres votants (non quantifiables) n'ont vraisemblablement (valablement) glissé leur enveloppe de vote par correspondance qu'après la parution du magazine. Par ailleurs, au contraire des autres sujets traités dans l'éditorial du maire qui ne concernait pas forcément l'ensemble des citoyennes et citoyens, celui en lien avec l'HJB SA a sans conteste été d'une grande importance, aux yeux des Prévôtois. En effet, l'avenir de l'HJB SA pose de nombreuses questions, notamment en lien avec l'offre et la qualité des soins hospitaliers, la planification hospitalière ou encore les places de travail liées à l'HJB SA. On ne peut donc affirmer, comme le font les recourants, que les thèmes abordés dans l'éditorial ne sont pas de nature à vicier la volonté des votants (recourants n<sup>os</sup> 3-8 et 147-149). Par ailleurs et comme le soulignent les intimés, s'agissant d'un sujet aussi sensible et fondamental que celui de l'hôpital, l'éditorial a touché tout particulièrement les personnes indécises qui n'avaient toujours pas voté à quatre jours du scrutin (par correspondance) et alors qu'aucun éventuel rectificatif n'avait eu le temps d'être publié. Dans ce contexte, on ne saurait exclure que l'éditorial du maire dans le magazine "Moutier.ch" ait pu influencer sur le résultat de la votation.

**10.3.3** Il est vrai que la thématique de l'HJB SA a été abondamment commentée et débattue dans la presse et les médias par les mouvements autonomistes ou pro-bernois, les particuliers, ainsi que les dirigeants de l'HJB SA (voir notamment n° 7-2017 vol. VI p. 945 à 1071). De plus, ce sujet a fait l'objet d'un avis de droit et a également été traité dans le cadre de l'expertise. La situation se distingue toutefois à nouveau des faits à la base de l'arrêt du TF déjà discuté précédemment (arrêt TF 1C\_24/2018 du 12 février 2019 c. 7.2; voir c. 11.2.4 ci-dessus), dans la mesure où l'éditorial

du maire ne se limitait pas à répéter les arguments en faveur du transfert de la commune de Moutier dans le canton du Jura, mais allait plus loin en donnant des assurances quant à l'avenir de l'HJB SA, alors qu'aucune garantie ne pouvait être formulée sur ce point (voir c. 6.4.1 ci-dessus). Ainsi, au contraire de l'état de fait de l'arrêt du TF 1C\_24/2018 du 12 février 2019, le maire de la commune de Moutier n'a pas simplement cherché à influencer les citoyennes et citoyens en répétant les arguments connus dans les débats, mais il a donné des garanties qu'il ne pouvait pas formuler, de sorte que les citoyennes et citoyens n'étaient objectivement plus à même de se former un avis pertinent et objectif sur le sujet du vote. Partant, le contexte du vote du 18 juin 2017 et notamment l'intensité du débat relatif à l'HJB SA, aussi important que celui-ci ait été, ne saurait influencer le sort du présent litige.

**10.3.4** On l'a vu plus haut (c. 6.3.3 ci-dessus), les circonstances du cas particulier s'apparentent à celles faisant l'objet de l'arrêt du TF 1C\_521/2017 du 14 mai 2018, dans lequel un comité de soutien d'un projet communal a distribué, moins de dix jours avant la votation, un dépliant consacré à la réfutation en dix points des objections soulevées par les opposants et qui contenait, sur l'une de ses pages, une photo des membres de l'exécutif communal, entourée de slogans favorables au projet et dénigrant les opposants (pour un exposé détaillé des faits, voir c. 3.3 dudit arrêt). Dans ce cas, le TF a indiqué qu'*on ne saurait exclure que l'intervention massive et unilatérale de la municipalité en faveur du projet ait pu influencer sur le résultat de la votation*', conduisant le TF à annuler la votation. Il ne saurait en aller autrement en l'espèce.

Finalement, comme le rappellent les intimés (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14), le TF a ordonné l'annulation d'un scrutin au motif qu'une autorité communale n'avait pas interdit la tenue d'un stand de propagande devant un bureau de vote (elle n'avait pas réagi pour la faire cesser; arrêt TF 1C\_610/2017 du 7 mai 2018 c. 2.5). Or, dans le cas qui nous occupe et comme le soulignent à juste titre les intimés (intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14), les autorités communales de Moutier ont elles-mêmes choisi de donner une tribune particulière à un message non-objectif de son maire ne respectant pas le critère d'objectivité. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait,

ici non plus, exclure que l'éditorial litigieux ait pu influencer le sort du scrutin (arrêt TF 1C\_610/2017 du 7 mai 2018 c. 2.5).

#### **10.4. Influence sur la votation litigieuse des griefs relatifs au registre des électeurs (n° 11-2017)**

##### **10.4.1**

**a)** Dans la décision sur recours contestée, la Préfecture a retenu que la non-remise de la liste des électeurs à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne, puis à l'OFJ, a conduit à l'admission indue au vote d'au moins 20 personnes en situation de domicile fictif.

**b)** Pour les recourants, la Préfecture a omis d'examiner la question de savoir si les domiciliations fictives ont réellement influencé le scrutin, dans la mesure où il est impossible de déterminer qui a voté quoi lors du scrutin (recourants n<sup>os</sup> 1, 2 et 3-8). Ils relèvent en outre que les 20 cas de domiciliation fictive retenus sont insuffisants pour modifier le résultat du vote (recourants n<sup>os</sup> 1 et 3-8). Finalement, pour les recourants, aucune causalité ne peut être établie entre le refus de remettre la liste électorale et le résultat du vote puisque si la Chancellerie d'Etat du canton de Berne avait reçu la liste, elle n'aurait pu que constater que les conditions légales étaient remplies (recourants n<sup>os</sup> 1 et 3-8).

**c)** Les intimés font valoir que le tourisme électoral étant avéré, de même que l'inexacte tenue du registre électoral (document fondamental sur lequel repose le scrutin), on ne peut pas considérer que si l'organe de vote avait été correctement composé, la possibilité d'un résultat différent aurait été à ce point minime qu'elle ne pouvait sérieusement entrer en ligne de compte.

**10.4.2** Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'influence de domiciliations fictives sur le résultat du scrutin (ATF 49 I 416 c. 4 et 5). A cet égard, il a retenu que le résultat d'un vote doit correspondre à la volonté exprimée par le vote de ceux qui y ont participé et ne peut être basé sur des calculs consécutifs au scrutin qui tiendraient compte du fait que des personnes ayant pris part à la votation auraient en réalité dû en être exclues, et inversement. Une exception n'est autorisée que lorsqu'il peut

être établi avec certitude que le résultat final n'aurait pas été différent si le registre électoral avait été corrigé avant le vote. Toutefois, le TF souligne qu'il est difficile d'apporter des modifications au registre électoral puisqu'une fois le scrutin passé, les circonstances qui prévalaient avant la votation sont beaucoup plus difficiles à déterminer qu'elles ne l'étaient alors (ATF 49 I 416 c. 5). Le TF ajoute ensuite qu'il n'est en aucun cas possible de déterminer avec certitude que le résultat de la votation aurait été différent si le scrutin s'était déroulé sur la base du registre électoral corrigé (ATF 49 I 416 c. 5).

**10.4.3** Au cas d'espèce, la non-remise du registre électoral par la commune de Moutier à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne, puis à l'OFJ, a empêché ou du moins rendu plus difficile la surveillance de ce registre et empêché l'établissement de domiciles fictifs. Il n'est à tout le moins pas exclu que si la liste avait été remise, les domiciliations fictives constatées par la Préfecture auraient pu être clarifiées à l'époque des faits, au besoin avec l'aide de la commune de Moutier. A ce titre, il a été admis dans les considérants qui précèdent (c. 7.4.3 ci-dessus) que s'agissant des 20 cas de domiciliation fictive retenus par la Préfecture, il est pour le moins douteux que les personnes concernées aient eu réellement la volonté de s'établir à Moutier. Il est certes patent que ces 20 cas ne sont pas suffisants, à eux seuls, pour influencer le résultat de la votation (un minimum de 69 voix étant requis). Il ne peut toutefois être exclu que d'autres personnes se trouvaient également en situation de domicile fictif au moment du vote, la non-remise du registre électoral ayant empêché le contrôle en amont. En tous les cas, au vu des doutes entachant la bonne tenue du registre électoral par la commune de Moutier, des cas de domiciliation fictive avérés et du faible écart de voix, on ne peut considérer que, si le corps électoral avait été composé de manière régulière, la possibilité d'un résultat différent aurait été à ce point minime qu'elle ne pouvait sérieusement entrer en considération (voir GLASER/LEHNER, *op. cit.*, p. 458). Même si l'on ne peut exclure (comme l'exposent les recourants à propos d'une personne; recourants n° 1 et 2) que des domiciliations fictives aient été commises également dans le camp pro-bernois, ces 20 cas sont en tout cas susceptibles de jeter le trouble sur une partie de l'écart des voix. Dans ces conditions, on ne saurait en tous les cas exclure

qu'associées aux autres irrégularités relevées ci-dessus, les irrégularités en lien avec la tenue du registre électoral par la commune de Moutier aient influencé le scrutin litigieux (ATF 132 I 104 c. 6; voir c. 10.6 ci-dessous).

**10.5. Influence sur la votation de l'illicéité du container de la Sociét'halle et de la prolongation des heures d'ouverture de l'urne de l'Hôtel de Ville (n° 19-2017)**

**10.5.1**

**a)** Dans sa décision sur recours, l'autorité précédente a considéré que certaines irrégularités en lien avec le vote par correspondance étaient survenues et qu'au vu de l'importance ainsi que des conséquences du scrutin, toutes les mesures qui s'imposaient auraient dû être prises pour éviter les sources possibles d'abus et de remise en question du vote. Elle est donc parvenue à la conclusion qu'on ne pouvait exclure que le résultat aurait été différent si ces irrégularités n'avaient pas eu lieu.

**b)** Pour les recourants, aucun lien ne peut être établi entre les irrégularités retenues par la Préfecture lors du vote par correspondance et le résultat du scrutin (recourante n° 2). Ils ajoutent que le container déposé à la Sociét'halle était sous la surveillance des observateurs fédéraux (recourants n<sup>os</sup> 3-8) et que l'urne était à la disposition des partisans du "oui" comme du "non" (pas d'irrégularité au profit de l'un ou de l'autre camp), si bien que l'installation de ce container ne peut pas avoir faussé le résultat du scrutin (recourants n<sup>os</sup> 2 et 3-8).

**c)** L'intimé n° 16 fait valoir devant le TA que l'instauration du container à la Sociét'halle durant les heures d'ouverture du bureau de vote aux urnes a permis aux votants intéressés de contourner le processus du vote personnel afin d'élargir encore l'usage "*abusif*" du vote par correspondance.

**10.5.2** Comme cela a déjà été mentionné dans les considérants qui précèdent (c. 9.5.1 ci-dessus), l'art. 22 al. 1 let. d LDP cantonale, auquel le règlement communal relatif aux élections et votations aux urnes renvoie (art. 3), prévoit que le vote par correspondance est nul si l'enveloppe-réponse parvient à la commune après le délai fixé. Or, il a été admis

précédemment (c. 9.5.1 ci-dessus) que tant les bulletins de vote glissés le vendredi 16 juin 2017 dans l'urne de l'Hôtel de Ville entre 16h et 17h (heures d'ouverture élargies) que les bulletins de vote déposés dans le container de la Sociét'halle devaient être jugés hors délais. Ils auraient ainsi dû être considérés comme nuls. Sur demande du juge instructeur, la commune de Moutier a indiqué que les enveloppes déposées dans chacun des deux containers (à la Sociét'halle et à l'Hôtel de Ville) n'ont pas été comptées mais que le nombre d'enveloppes présentes dans le container à la Sociét'halle était très faible. Aucune donnée suffisante sur le nombre de ces bulletins (qui ont été mélangés aux autres) ne peut ainsi être établie. Le témoignage des personnes présentes lors de l'ouverture des urnes ne permettrait pas non plus de quantifier ces bulletins, une appréciation comme "*(très) peu nombreux*" n'étant pas suffisamment précise, en particulier en regard du nombre total de bulletins. Par conséquent, au vu du faible écart de voix (137) et de l'impossibilité de déterminer le nombre exact de bulletins potentiellement nuls (puisque tardifs), il ne peut être exclu que les bulletins de vote en question aient exercé une influence sur l'issue du scrutin. Contrairement à ce que soutiennent les recourants, le fait que des bulletins de vote des partisans du "oui" et du "non" aient vraisemblablement été déposés dans les urnes n'y change rien. En effet, le principe du secret du vote empêcherait de déterminer avec certitude ce que chacun a voté (art. 5 al. 7 LDP fédérale).

**10.6** Il résulte de ce qui précède que les irrégularités constatées en lien avec le courrier du 23 mai 2017 aux parents concernés par l'EJC, l'éditorial du magazine "Moutier.ch" du mois de juin 2017, la tenue du registre électoral, ainsi que du container de la Sociét'halle et la prolongation des heures d'ouverture de l'urne de l'Hôtel de Ville, chacune prise individuellement ou dans leur ensemble (ATF 132 I 104 c. 6), ont eu une influence sur le résultat du scrutin. Compte tenu du faible écart de voix, de la gravité des irrégularités, de leur portée sur l'ensemble du vote et de la jurisprudence du TF en matière d'annulation des votations, le TA ne peut que confirmer l'annulation du scrutin du 18 juin 2017.

## **11. Conclusion**

Il ressort des considérants qui précèdent que les recours doivent être admis partiellement en tant qu'ils contestent l'admission des recours par la Préfecture dans les (anciennes) procédures n° 8-2017 (courrier de M. Winistoerfer aux enseignants) et n° 14-2017 (contrôle systématique des électeurs lors du vote aux urnes). La décision sur recours préfectorale est annulée dans ce sens. Pour le surplus, soit en tant que la décision sur recours a admis les recours dans les procédures n° 7-2017 (courrier de la commune de Moutier aux parents concernés par l'EJC), n° 11-2017 (tenue du registre électoral, pour une partie des griefs), n° 12-2017 (éditorial du magazine "Moutier.ch" de M. Winistoerfer) et n° 19-2017 (exercice du droit de vote par correspondance comprenant l'examen d'office de la licéité de l'extension de l'accès aux urnes), les recours sont rejetés, dans la mesure où ils sont recevables (voir c. 1.4 ci-dessus), et l'annulation du vote du 18 juin 2017 est confirmée.

## **12. Frais et dépens**

**12.1** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure, ni pour la procédure devant la Préfecture ni pour la présente instance (art. 108a al. 1 LPJA).

**12.2** Au vu du résultat auquel parvient le TA (voir c. 11 ci-dessus), il convient de procéder à une nouvelle répartition des dépens pour la procédure auprès de la Préfecture. Les recourants devant l'autorité précédente qui étaient représentés par un avocat doivent dès lors être considérés comme parties succombantes dans la procédure n° 8-2017 (courrier de M. Winistoerfer aux enseignants), en plus de la procédure n° 16-2017 (recours portant sur le dépouillement des bulletins de vote lors du 18 juin 2017), dont le recours avait déjà été rejeté par la Préfecture (décision sur recours qui n'a pas fait l'objet sur ce point d'un recours devant le TA). Ils ne peuvent prétendre à des dépens dans cette mesure (art. 108 al. 3 LPJA, applicable en vertu de l'art. 108a al. 3 LPJA). En conséquence, il convient de modifier le ch. 3 de la décision sur recours préfectorale et de réduire à 3/4 la participation aux honoraires des recourants devant la

Préfecture représentés par leur mandataire, soit Fr. 14'107.- (3/4 de Fr. 18'809.90, selon note d'honoraires non contestée dudit mandataire, débours et TVA compris). La commune de Moutier (seule intimée dans la procédure auprès de la Préfecture) ne peut prétendre à des dépens pour les trois procédures dans lesquelles elle obtient finalement gain de cause (art. 108 al. 3 en relation avec l'art. 104 al. 4 LPJA; c. 10 de la décision sur recours préfectorale non contesté par la recourante n° 2).

**12.3** S'agissant de la présente instance, les recours sont admis par le TA concernant deux des six recours admis par la Préfecture. L'annulation du vote du 18 juin 2017 est toutefois confirmée, de sorte qu'il se justifie de répartir les dépens également à raison d'environ 3/4 et 1/4 entre les recourants et les intimés (art. 108 al. 3 LPJA, applicable en vertu de l'art. 108a al. 3 LPJA).

**12.3.1** La commune de Moutier ne motive aucunement une exception au principe selon lequel elle n'a en principe pas droit à des dépens (art. 104 al. 4 LPJA), de sorte qu'il n'y a pas lieu de lui en allouer. La recourante n° 1, d'une part, et les recourants n°s 3-8, d'autre part, représentés en justice par des mandataires professionnels, peuvent par contre prétendre à une participation à leurs dépens dans la mesure de leur gain de cause (de l'ordre d'1/4). Celle-ci est mise à la charge des trois groupes d'intimés à parts égales, soit environ 1/12 chacun (aux intimés n°s 1-2 et 12-14, à l'intimé n° 15 et à l'intimé n° 16;  $1/4 : 3 = 1/12$ ). Aux termes de l'art. 11 al. 1 de l'ordonnance cantonale du 17 mai 2006 sur les dépens (ORD, RSB 168.811), dans une procédure de recours de droit public, les honoraires se situent entre Fr. 400.- et Fr. 11'800.- par instance. Selon l'art. 9 ORD (applicable aux litiges de droit public selon l'art. 16 ORD), un supplément allant jusqu'à 100% peut être ajouté aux honoraires notamment dans les procédures occasionnant un travail considérable ou prenant beaucoup de temps, par exemple dans les cas où les moyens de preuve sont difficiles ou longs à recueillir ou à ordonner, dans ceux où les dossiers sont exceptionnellement volumineux ou la correspondance très étendue ou lorsque les conditions de fait et de droit sont particulièrement compliquées. En l'espèce, un tel supplément se justifie en raison du travail considérable qu'a suscité la cause, notamment de par l'ampleur de la décision sur

recours contestée et des différents actes de procédure, la complexité de l'affaire résultant de la jonction des différents recours, l'étendue des questions de fait et de droit, ainsi que l'importance de la cause. La note d'honoraires du mandataire de la recourante n° 1 (honoraires Fr. 13'800.- plus frais Fr. 410.-, sans TVA, au total Fr. 14'210.-) ne suscite pas de remarque. Celle du mandataire des recourants n°s 3-8 (honoraires Fr. 27'009.- plus frais et vacation Fr. 1'513.50, plus TVA [7.7%] Fr. 2'196.20, au total Fr. 30'718.70) dépasse le montant maximal de Fr. 23'600.- (2 x Fr. 11'800.-) prévu par l'ORD. Compte tenu toutefois de la jonction de plusieurs causes comprenant des actes volumineux de procédure et du fait que les recourants n°s 3-8 n'étaient pas parties à la procédure de première instance, les honoraires du mandataire des recourants n°s 3-8 peuvent être taxés au montant précité de Fr. 27'009.-, plus frais et vacation Fr. 1'513.50 et TVA (7.7%) Fr. 2'196.20, soit au total Fr. 30'718.70. Chacun des groupes d'intimés versera dès lors à la recourante n° 1 et aux recourants n°s 3-8 les sommes de Fr. 1'200.- et Fr. 2'600.- (environ 1/12) à titre de participation à leurs dépens. On précisera encore, s'agissant de l'intimé n° 16, que l'admission de son recours devant la Préfecture ne résulte que de l'examen d'office exercé par cette dernière et non des griefs qu'il y avait soulevés. En outre, devant le TA, il conclut au rejet total des recours sous leurs divers aspects, ce qui entraîne pour lui également les conséquences de frais précitées.

**12.3.2** Les intimés n°s 1-2 et 12-14, représentés en procédure par un mandataire professionnel, peuvent prétendre à des dépens dans la mesure de leur gain de cause (de l'ordre des 3/4). La note de leur représentant (honoraires Fr. 20'587.50, débours Fr. 639.50 et TVA Fr. 1'634.50, au total Fr. 22'861.50) ne suscite pas de remarque au vu de ce qui a été indiqué sous c. 12.3.1 ci-dessus. Il convient dès lors de fixer à un montant arrondi de Fr. 3'400.- la participation à leurs dépens à verser par chacun des cinq groupes de recourants (recourante n° 1, recourante n° 2, recourants n°s 3-8, recourants n°s 9-146 et recourants n°s 147-149;  $3/4 : 5 = 3/20$ ).

**12.3.3** Le montant dû par les recourants n°s 3-8 aux intimés n°s 1-2 et 12-14 (Fr. 3'400.-) est en partie compensé par le montant qui leur est dû par les intimés n°s 1-2 et 12-14 (Fr. 2'600.-), de sorte les recourants n°s 3-8

verseront aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 800.- pour la présente instance. Le montant de Fr. 3'400.- dû par la recourante n° 1 aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 est partiellement compensé avec le montant qui lui est dû par ces derniers (Fr. 1'200.-), de sorte que la recourante n° 1 leur versera la somme de Fr. 2'200.-.

**Par ces motifs:**

1. Les recours sont partiellement admis et la décision sur recours de la Préfecture du Jura bernois est partiellement annulée, en tant qu'elle admet les recours dans les procédures n° 8-2017 et n° 14-2017 devant la Préfecture du Jura bernois. Le recours devant la Préfecture du Jura bernois dans la procédure n° 8-2017 est irrecevable et le recours devant la Préfecture du Jura bernois dans la procédure n° 14-2017 est rejeté.
2. Pour le surplus, les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables et la décision sur recours de la Préfecture du Jura bernois est confirmée, en tant qu'elle admet les recours dans les procédures n° 7-2017, n° 11-2017, n° 12-2017 et n° 19-2017 et rejette le recours dans la procédure n° 16-2017 et annule le vote du 18 juin 2017.
3. Il n'est pas perçu de frais de procédure pour les deux instances.
4. La commune de Moutier versera aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14, une somme de Fr. 14'107.- à titre de participation à leurs dépens pour la procédure devant la Préfecture du Jura bernois.
5. Les participations aux dépens des parties à la présente procédure sont fixées comme suit:
  - a) La recourante n° 1 versera aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 2'200.-.
  - b) La recourante n° 2 versera aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 3'400.-.
  - c) Les recourants n<sup>os</sup> 3-8 verseront aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 800.-.
  - d) Les recourants n<sup>os</sup> 9-146 (selon liste du 19 décembre 2018) verseront aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 3'400.-.
  - e) Les recourants n<sup>os</sup> 147-149 verseront aux intimés n<sup>os</sup> 1-2 et 12-14 la somme de Fr. 3'400.-.
  - f) L'intimé n° 15 versera à la recourante n° 1 la somme de Fr. 1'200.- et aux recourants n<sup>os</sup> 3-8 la somme de Fr. 2'600.-.

- g) L'intimé n° 16 versera à la recourante n° 1 la somme de Fr. 1'200.-  
et aux recourants n°s 3-8 la somme de Fr. 2'600.-.

6. Le présent jugement est notifié (R):

- à la recourante n° 1, par son mandataire (procédure 100.2018.388),
- à la recourante n° 2, par son mandataire (procédure 100.2018.390),
- aux recourants n°s 3-8, par leur mandataire (procédure 100.2018.400),
- aux recourants n°s 9-146 (procédure 100.2018.435), à leur adresse commune de notification,
- aux recourants n°s 147-149 (procédure 100.2018.446), à leur adresse commune de notification,
- aux intimés n°s 1-2 et 12-14, par leur mandataire,
- aux intimés n°s 15 et 16,
- à la Préfecture du Jura bernois.

et communiqué, pour information (A):

- à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne,
- à la Chancellerie d'Etat du canton du Jura,
- à l'Office fédéral de la justice.

Le président:

La greffière:

**Voie de recours**

Dans les 30 jours dès sa notification, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).