

Sommaire

Pages 1 et 2

Dossier thématique



Obligation d'abstention (art. 23 LAC)

Page 3

Dossier thématique suite



Obligation d'abstention (art. 23 LAC)

Pages 4, 5 et 6

Informations diverses



Amendements en commission
 Délivrance de copies certifiées conformes
 Production d'une créance relative aux frais de funérailles
 MCH2
 Modèles de délibérations
 Calcul des dépassements sur les crédits d'engagement

Dossier thématique

Obligation d'abstention des conseillers administratifs et municipaux qui ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis à la délibération (art. 23 LAC)

L'article 23 de la loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984 (ci-après : LAC; RSG B 6 05) prévoit que *"dans les séances du conseil municipal et des commissions, les conseillers administratifs, les maires, les adjoints et les conseillers municipaux qui, pour eux-mêmes, leurs ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoints, partenaire enregistré, ou alliés au même degré, ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis en délibération, ne peuvent intervenir dans la discussion ni voter."*

Claire à la lecture, cette norme mérite pourtant une attention particulière puisqu'elle nécessite une analyse dans chaque situation de la notion d'intérêt personnel direct à l'objet soumis en délibération. A titre d'exemple, est-ce qu'un conseiller municipal, impliqué en qualité de citoyen riverain ou de propriétaire d'une parcelle visée par un plan localisé de quartier comprenant un programme de construction dans sa commune, peut participer et voter aux débats en séance en plénière du conseil municipal ou en commission, portant sur l'adoption de ce même plan ? Cette question met en exergue en réalité la notion du devoir de récusation d'un membre d'une autorité administrative, afin de garantir l'impartialité de celle-ci lorsqu'elle est appelée à prendre une décision sur un objet pouvant avoir des conséquences directes sur l'un de ses membres.

Largement reprise dans la plupart des règlements municipaux des communes genevoises,

l'obligation d'abstention de l'article 23 LAC comprend trois conditions cumulatives :

- 1) La personne concernée doit revêtir les fonctions de conseiller administratif, de maire, d'adjoint ou de conseiller municipal et
- 2) elle doit avoir un intérêt personnel direct pour elle-même, ses ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoints, partenaire enregistré, ou alliés au même degré et
- 3) cet intérêt personnel direct doit concerner l'objet soumis à la délibération.

Si ces trois conditions sont remplies, de toute évidence, la personne concernée ne peut pas intervenir dans les discussions, ni voter lors des séances du conseil municipal ou des commissions.

Si la lecture des conditions 1) et 3) est claire, à savoir que l'interprétation de celles-ci s'impose avec évidence, il convient de relever deux points. Le premier est que l'intérêt personnel direct doit avoir trait à un objet soumis à une délibération, ce qui a pour conséquence que seules les délibérations énumérées à l'article 30 LAC sont visées par l'article 23 LAC, à l'exclusion des résolutions (art. 30A LAC), motions, postulats, questions, etc. Le deuxième point est que la notion d'"*intérêt personnel direct*" - figurant sous condition 2) - est rédigée en des termes dont le sens n'est pas certain. Elle est en effet sujette à interprétation et il est donc nécessaire, afin d'en préciser le sens, de recourir aux méthodes générales d'interprétation.

L'obligation de s'abstenir prévue à l'article 23 LAC se rapporte, comme mentionné supra, dans son contexte juridique, à la garantie constitutionnelle d'impartialité d'une autorité appelée à prendre une décision.



Cette garantie est ancrée au niveau fédéral aux articles 29 alinéa 1 et 30 alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (ci-après : Cst.) et est concrétisée par les règles de récusation inscrites dans la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 et les lois cantonales de procédure administrative. Elle donne ainsi le droit à toute personne "dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable" (art. 29 al. 1 Cst.) et donne le droit à toute personne "dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire [...] à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial", les tribunaux d'exception étant interdits (art. 30 al. 1 Cst.). En d'autres termes, elle permet de demander "la récusation d'un membre d'une autorité dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité" et elle « tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. » (Arrêt du Tribunal fédéral (ci-après : ATF) 125 I 122).

L'analyse de l'article 23 LAC sous l'angle de ce qui précède amène deux conclusions. D'abord, les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent étant considérés comme des autorités administratives, conformément à l'article 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (ci-après : PA) et à l'article 5 lettre f de la loi cantonale sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (ci-après : LPA), il s'ensuit que les exigences d'impartialité qui gouvernent la procédure administrative en matière de décision leur sont à priori applicables.

Ces exigences s'appliquent toutefois à une autorité lorsque celle-ci rend une décision. Cela amène la deuxième conclusion, à savoir que l'examen de chaque délibération est nécessaire puisque les délibérations prises par les conseils municipaux ne constituent pas toutes des décisions. Pour être qualifiées de décisions, il doit s'agir de « mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèces fondés sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits, voir encore de rejeter ou déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations » (Article 4, alinéa 1 LPA). A la lecture de cette définition, les actes généraux et abstraits tels que des règlements ou des arrêtés sont donc d'emblée exclus du champ d'application de la loi sur la procédure administrative.

Comme seuls certains actes communaux correspondent à la définition d'une décision administrative attaquable, laquelle nécessite l'impartialité de l'autorité qui la rend, il est en conséquence nécessaire d'examiner dans chaque cas la nature de la délibération (s'agit-il d'une décision ?) et les effets de celle-ci (est-ce que la délibération, entre autres, a un effet constitutif sur les droits et obligations de personnes ou est-ce juste un positionnement général sur un objet ?) A toutes fins utiles, il est encore souligné ici que certaines décisions générales constituent également des décisions attaquables. Ces décisions visent une situation déterminée - elles constituent donc un acte concret - mais elles s'adressent à un nombre indéterminé de personnes et sont donc des actes généraux (Th. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Schultess 2011, p.278) .

Compte tenu des précisions et des délimitations qui précèdent, l'interprétation de l'article 23 LAC peut être faite, d'un point de vue systématique, en référence aux dispositions de la PA et de la LPA qui prévoient que les membres des autorités administratives appelés à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire.

S'agissant des membres des autorités administratives, la doctrine souligne toutefois que la Constitution fédérale n'impose « pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion » (Th. TANQUEREL, op. cit., p. 507).

En effet, concernant ce type d'autorité, « les fonctions légalement attribuées [à celle-ci] doivent être prises en considération, en particulier pour apprécier la portée de déclarations ou prises de position antérieures à l'affaire. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal des fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de partialité et elles ne sauraient donc justifier une récusation. A cet égard, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière. » (ATF 125 I 125). « Une autorité, ou l'un de ses membres, a en revanche le devoir de se récuser lorsqu'elle dispose d'un intérêt personnel dans l'affaire à traiter, qu'elle manifeste expressément son antipathie envers l'une des parties à la procédure ou s'est forgée une opinion inébranlable avant même d'avoir pris connaissance de tous les faits pertinents de la cause. » (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_442/2011 du 6 mars 2012, consid. 2.1, p. 2).



Toujours selon la doctrine, l'appréciation de l'intérêt personnel à l'affaire doit être faite de manière objective, en adoptant le point de vue de la personne concernée par la décision à venir. Ce qui est décisif, c'est comment un tiers impartial et raisonnable pourrait estimer la situation s'il était à la place de la personne concernée par la décision à prendre (B. SCHINDLER, *Die Befangenheit der Verwaltung*, Schultess 2002, p. 91).

Quant au degré de suspicion, il a été précisé par la jurisprudence que des circonstances doivent exister telles qu'elles provoquent une impression de parti pris, un danger de partialité ou une méfiance relative à une impartialité. Une simple possibilité de parti pris suffit, la vraisemblance de celui-ci ne devant cependant pas être démontrée. La doctrine précise également qu'un danger minimal et purement théorique ne suffit toutefois pas.

En résumé, il faut plus qu'un risque minimal mais la vraisemblance de celui-ci ne doit pas être démontrée (B. SCHINDLER, *op. cit.* p. 92). Même si un membre d'une autorité n'est pas partie à la procédure de prise de décision, celui-ci peut avoir un intérêt particulier et personnel à la décision qui sera prise. C'est le cas lorsqu'il peut obtenir un avantage direct issu de la décision à prendre, celui-ci pouvant être de nature juridique, factuelle, financière ou encore idéale. L'intérêt du membre de l'autorité doit cependant être d'une certaine intensité. Il doit s'agir d'un intérêt individuel particulier, qui se distingue des intérêts d'une pluralité indéfinie de personnes, et qui sera touché par la décision administrative d'une manière spécifique. Cet intérêt peut être direct, à savoir que les droits et obligations du membre de l'autorité administrative seront directement impactés par l'objet concerné, ou indirect, à savoir que la sphère des intérêts personnels dudit membre sera sensiblement affectée par l'issue de la procédure décisionnelle (B. SCHINDLER, *op. cit.* p. 99-100).

La doctrine et la jurisprudence ont toutefois relevé qu'une application stricte des règles de récusation à l'égard des membres d'autorités législatives démocratiquement élues peut entrer en conflit avec la nature de la démocratie représentative. En effet, ces membres ont été élus afin de représenter la volonté et les intérêts de leurs électeurs, ils doivent pouvoir exprimer ceux-ci de manière régulière par leur vote au sein des parlements et ne pas faire ainsi l'objet d'un devoir trop large de récusation. Dans un arrêt concernant le droit de vote, suite à un recours dirigé contre une norme de législation cantonale imposant la récusation de certains députés pour des votes au Grand Conseil sur des objets déterminés, le Tribunal fédéral – sous l'angle du principe de proportionnalité – a rappelé que

"le principe d'équivalence d'influence sur le résultat comprend le droit à ce que le vote exprimé ait son efficacité: il n'est pas seulement garanti que les électeurs puissent participer de façon égale au scrutin, mais également que la représentation au sein du parlement corresponde à la répartition proportionnelle entre les différentes tendances du corps électoral » (JdT 1999 I p. 206, 208). En référence à une jurisprudence antérieure (JdT 1987 I 541), le Tribunal fédéral y souligne également qu'*"un devoir de récusation dans un processus de décision démocratique – cela vise notamment les votes au sein d'un parlement élu par le peuple – ne pouvait s'appliquer en principe qu'aux membres de l'autorité qui ont un intérêt personnel particulier au résultat du vote"* et que de façon générale, un tel intérêt personnel particulier devait être nié en présence d'arrêtés ou de décisions sur le statut du personnel (JdT 1999 I 208).

En conclusion, l'obligation de s'abstenir prévue à l'article 23 LAC nécessite l'examen de chaque situation particulière faisant l'objet de la délibération. Plus celle-ci a une portée concrète, plus les règles sur la récusation relatives aux autorités administratives sont applicables directement, à savoir que le membre de l'autorité concerné est obligé de s'abstenir s'il a un intérêt personnel direct à l'objet de la délibération, que cet intérêt revêt une certaine intensité et qu'il peut en retirer un avantage particulier financier, factuel, juridique ou idéal (intérêt personnel). Toutefois, les droits démocratiques doivent également être respectés (intérêts publics). Il appartient donc à l'autorité administrative d'effectuer une pesée globale de tous les intérêts pertinents présents dans chaque cas d'espèce et de pondérer leur importance, en respectant le principe de proportionnalité.

Concrètement, dans le cadre communal, cela signifie que le bureau du conseil municipal devrait examiner – à titre préjudiciel – s'il y a une éventuelle obligation de s'abstenir d'un conseiller administratif, du maire, d'un adjoint ou d'un conseiller municipal dans le cadre des discussions, votations relatives à un objet soumis à délibération. Ceci fait, le bureau effectuerait ensuite une pesée des intérêts de la situation, en tenant compte des critères qui précèdent, le président du conseil municipal informant au final l'intéressé de la position adoptée par le bureau.



Amendement des propositions soumises en commissions

Une modification de la loi sur l'administration des communes (B 6 05, LAC) est entrée en vigueur le 5 novembre 2016. Cette modification ouvre la possibilité pour le conseil municipal de prévoir - par règlement - que ses commissions peuvent modifier les propositions qui leur sont soumises, y compris le projet de budget, et qu'elles lui présentent ainsi les propositions amendées, accompagnées du projet initial. Le conseil municipal peut toujours déposer consécutivement un amendement en plénière pour revenir alors au projet initial. Cette modification a l'avantage de permettre une rationalisation du débat budgétaire et de gagner du temps tout en respectant les droits du plénum.

Délivrance de copies certifiées conformes par les communes

La question de la possibilité de délivrance par une commune d'une copie certifiée conforme a été posée au service de surveillance des communes (ci-après : SSCO). Pour rappel, une copie certifiée conforme est une photocopie d'un document original accompagnée d'une inscription (cachet et signature) qui atteste que la copie correspond en tous points à l'original et que rien n'a été modifié.

Au niveau cantonal, le service de l'état civil et des légalisations (Département de la sécurité et de l'économie) est compétent pour certifier conformes les documents d'identités suisses ainsi que les diplômes émis par des écoles publiques cantonales et fédérales. Si la copie certifiée conforme doit être présentée dans un pays tiers, et de ce fait, doit être légalisée (attester l'authenticité de la signature et/ou du sceau, non la validité ni le contenu du document) voire, selon le pays, apostillée (attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu), elle ne pourra être légalisée que si la signature de la personne qui a effectué la certification est déposée auprès du service de l'état civil et des légalisations. Si la copie doit être apostillée, non seulement la signature doit être déposée auprès du service précité, mais le signataire doit être un fonctionnaire ou un officier public.

Garantir qu'un document est conforme à l'original est du ressort des notaires, lesquels "*sont des officiers publics chargés de recevoir les actes, déclarations et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité et d'en assurer la date, d'en conserver le dépôt et d'en délivrer des expéditions*" (art. 1 de la loi sur le notariat (E 6 05; LNot). Parmi leurs attributions figure ainsi la certification de la copie d'un document, laquelle consiste à attester que la copie légalisée est conforme au document original qui a été présenté au notaire (art. 21 al. 4 LNot).

Il est donc nécessaire pour une commune d'examiner dans chaque cas quelle est l'autorité compétente pour certifier conforme la copie d'un document, selon la législation en vigueur. En l'absence de règles applicables, il ne semble pas y avoir d'opposition à ce qu'un exécutif communal délivre une copie certifiée conforme. A notre sens, il paraîtrait toutefois pertinent que cette délivrance se limite aux copies des documents originaux que lui-même a émis ou que cette compétence lui soit clairement reconnue par une autre autorité, comme c'est le cas, par exemple, de la commission fédérale des professions médicales (MEBEKO) qui indique accepter les copies certifiées conformes délivrées notamment par les municipalités (mairies).

Production par une commune d'une créance relative aux frais de funérailles dans le cadre d'une faillite

Suite à la production par une commune de sa créance relative à la prise en charge des frais de funérailles dans une faillite, non prise en considération à tort par l'office des faillites, le Tribunal de première instance du canton de Genève a précisé dans un jugement récent qu'en cas de répudiation de succession, même si l'article 219 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (ci-après : LP) ne prévoit plus une collocation de privilège pour les frais de funérailles en 1^{ère} classe, cela n'empêche pas une collocation ordinaire de ceux-ci en 3^{ème} classe.

Pour rappel, aux termes de l'article 560 alinéas 1 et 2 du code civil suisse ((ci-après : CC), les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte, à savoir qu'ils sont saisis des créances et des actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvent en la possession du défunt, et sont personnellement tenus des dettes.

Selon la jurisprudence citant la doctrine topique, la notion de dettes successorales couvre également certaines obligations qui sont survenues après le décès du défunt, notamment les frais funéraires (Jugement du Tribunal de première instance du 16 janvier 2017; JTPI/243/2017, p. 5). A teneur de l'article 573 alinéa 1 CC, en cas de répudiation, "*la succession répudiée par tous les héritiers légaux du rang le plus proche est liquidée par l'Office des poursuites et des faillites*". L'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes du failli, hormis celles garanties par des gages sur les immeubles du failli, et le créancier peut faire valoir, outre le capital, l'intérêt courant jusqu'au jour de l'ouverture et les frais (art. 208 LP).



Elle est publiée par l'office des faillites et le créancier dont la dette n'est pas garantie doit alors produire sa créance dans le mois qui suit la publication et lui remettre ses moyens de preuve (titres, extraits de livres, etc.; art. 232 LP).

S'agissant d'une commune, si celle-ci a fait l'avance des frais de funérailles, elle a la qualité de créancier et peut produire sa créance dans le cadre de la succession du défunt, lorsqu'il ne s'agit pas d'un cas où le règlement communal prévoirait la gratuité desdits frais (art. 4A al. 4 de la loi sur les cimetières; K 1 65; LCim). Sont entendus comme frais de funérailles : la fourniture d'un cercueil, la mise en bière et le transfert au cimetière ou au crématoire et, le cas échéant, la fourniture d'une urne (art. 4A al. 1 LCim).

Compte tenu de la jurisprudence précitée, il est donc important que, lorsqu'elle produit sa créance concernant les frais funéraires dans la faillite, la commune concernée veille à ce que celle-ci soit colloquée en 3^{ème} classe.

MCH2 : le manuel d'utilisateur pour les communes genevoises et le fascicule pour le contrôle des comptes annuels désormais à disposition

Conformément aux informations qui ont été données aux communes (Info communes n°1 – 2014 notamment), le manuel de comptabilité publique MCH2 des communes genevoises et le fascicule pour le contrôle des comptes annuels ont été élaborés, vu le passage au MCH2 pour les communes genevoises dès le budget 2018. Ils sont désormais accessibles depuis le 5 décembre 2016 sur le site : <http://ge.ch/surveillance-communes/informations-financieres-des-communes/lois-reglements>.

Le manuel a pour but de concrétiser les exigences légales et réglementaires de tenue de la comptabilité et de la présentation des comptes des communes genevoises, de mettre à disposition un outil pour la tenue de la comptabilité communale, d'apporter une aide à l'élaboration d'un plan financier quadriennal, de rappeler certaines notions (règles financières pour l'équilibre budgétaire, taxe sur la valeur ajoutée,...) et de mettre à disposition des modèles de délibérations. Il est important de relever que ce manuel est appelé à évoluer en fonction d'éventuelles modifications légales, de mises à jour nécessaires suite à l'apport notamment de nouvelles

thématiques ou de précisions sur des thèmes déjà existants. Le fascicule pour la révision des comptes pour les communes genevoises est destiné, quant à lui, tant aux communes qu'aux réviseurs. Il décrit les différentes règles pour la révision des comptes et fournit des documents types pour ce contrôle. Des mises à jour régulières y seront également apportées en fonction de l'évolution du contexte.

Pour toute information complémentaire :

Madame Ana Santos Garcia, SSCO, 022 546 72 45

Madame Khanh Nguyen, SSCO, 022 546 72 49

Modèles de délibérations

Par courriels des 25 octobre et 24 novembre 2016, le SSCO a adressé aux secrétaires généraux des communes genevoises un fichier (PDF et Word) contenant des modèles de délibérations. Celui-ci comprend 79 modèles de délibérations, classés par domaine (budget, comptes, opérations foncières,...). Il constitue un référentiel simple d'utilisation concernant les délibérations les plus fréquemment adoptées par les conseils municipaux. Chaque modèle de délibération présente de manière détaillée les considérants minimaux et le dispositif de celle-ci.

Le SSCO invite les communes à faire usage de ces modèles et reste à disposition pour tout complément d'information.

Calcul des dépassements sur les crédits d'engagement

Dans le cadre de l'examen des comptes annuels des communes genevoises, le SSCO a constaté quelques erreurs dans le calcul des dépassements sur les crédits d'engagement. Conformément au courrier du SSCO du 27 février 2009, eu égard à la détermination desdits dépassements (qui devront donner lieu au vote d'un crédit complémentaire), le SSCO tient à rappeler ici que les dépassements sur les crédits d'investissement se calculent sur la base des dépenses brutes réelles moins les dépenses brutes votées, les recettes d'investissement n'entrant pas dans le calcul.

Les montants reçus de tiers comme notamment des contributions versées par le FIA, le FIE ou le FIDU, les facturations de la commune à des propriétaires privés ou des subventions obtenues de tiers sont à comptabiliser en recettes d'investissement et n'entrent donc pas dans le calcul du dépassement sur le crédit.



Informations diverses

Pour le surplus, nous vous informons également que le futur article 60 du RAC révisé (pour le passage au modèle MCH2) relatif au crédit complémentaire (actuellement article 33 RAC) stipulera qu'un crédit d'engagement est considéré comme dépassé lorsque le montant brut voté de la dépense est inférieur au montant brut de la dépense effective.