

*Date de dépôt: 3 mai 2005*

*Messagerie*

## **Rapport**

**de la Commission des finances chargée d'étudier le projet de loi constitutionnelle de M<sup>mes</sup> et MM. David Hiler, Georges Krebs, Morgane Gauthier, Christine Sayegh, Mariane Grobet-Wellner, Philippe Glatz, Nelly Guichard, Claude Blanc, Stéphanie Ruegsegger et Bernard Lescaze modifiant la constitution de la République et canton de Genève (A 2 00) (instituant une Cour des comptes)**

### **Rapport de M. Christian Grobet**

Mesdames et  
Messieurs les députés,

Le 30 janvier 2001, plusieurs député-e-s ont déposé un projet de loi constitutionnelle visant à instituer une Cour des comptes en complétant l'article 131 de la constitution d'un alinéa 3 disposant ce qui suit :

*<sup>3</sup> Une Cour des comptes est instituée pour assurer un contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des institutions cantonales de droit public et des organisations subventionnées.*

Ce projet de loi constitutionnelle était accompagné d'un projet de loi instituant une Cour des comptes définissant les objectifs de cette Cour, son organisation et les moyens mis à sa disposition.

Dans l'exposé des motifs à l'appui de ce projet de loi, ses auteurs relevaient que « dans les systèmes constitutionnels des Etats modernes, la fonction de contrôle est, en générale, considérée comme l'un des éléments garantissant la gestion démocratique des affaires publiques. »

Afin d'atteindre cet objectif, les auteurs du projet de loi ont fait valoir qu'il fallait créer une Cour des comptes, formée de trois juges, qui soit tout à fait indépendante, tant du pouvoir législatif que du pouvoir exécutif, tout en étant rattachée au pouvoir judiciaire. Par rapport à l'Inspection cantonale des finances, l'indépendance de la Cour serait garantie par son statut de juridiction, par l'inamovibilité de ses membres qui ont la qualité de magistrat, ainsi que par le libre établissement de son programme de contrôle.

La Cour devrait rendre ses rapports et serait accessible à n'importe quel citoyen qui pourrait la saisir d'une demande. Elle assurerait un suivi systématique des conclusions de ses rapports par le biais de recommandations ou de dénonciations aux autorités compétentes.

Les objectifs poursuivis par la création d'une Cour des comptes seraient donc de compléter les mécanismes de contrôle actuel et d'accroître la transparence de l'utilisation des fonds publics par les autorités et les organismes bénéficiant de tels fonds.

Plus concrètement, les missions de tels organes de contrôle externe (c'est-à-dire indépendants du pouvoir politique) seraient de :

1. Vérifier la sincérité et la régularité des comptes du service public, c'est-à-dire s'assurer que les comptes décrivent correctement les opérations effectuées au cours de l'exercice et la situation en fin d'exercice.
2. Contrôler la légalité des activités de l'Etat et des opérations décrites dans les comptes en examinant le bien-fondé, par rapport aux dispositions législatives de référence, de la constatation comme de la perception des recettes et, parallèlement, des engagements comme des paiements.
3. Contrôler la qualité de la gestion, c'est-à-dire s'assurer du bon emploi des fonds publics ou des ressources allouées à une entreprise ou à une association subventionnée.

Ce projet de loi ainsi que le projet de loi constitutionnelle furent renvoyés à la commission des finances. Celle-ci considéra que la Cour des comptes ne devait pas remettre en cause les dispositions légales applicables à l'Inspection cantonale des finances, qui furent au contraire précisées.

Quant au projet de loi instituant la Cour des comptes, son texte a été modifié et complété par la Commission des finances. La modification la plus importante a porté sur le statut de la Cour des comptes. La Commission des finances a considéré que, pour garantir l'indépendance totale de la Cour des comptes, notamment dans le cadre du contrôle des comptes et de la gestion

des Tribunaux, il fallait que la Cour ne fasse pas partie du pouvoir judiciaire et bénéficie d'un statut totalement indépendant à la fois du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Pour garantir cette indépendance, la Commission des finances a voulu que les trois magistrats formant la Cour soient élus par le peuple.

Il n'était donc plus possible de renvoyer les questions relatives à l'organisation de la Cour des comptes ainsi qu'à l'élection et au statut des juges à la loi d'organisation judiciaire. Au terme de la première lecture du projet de loi amendé et par mesure de simplification, la Commission des finances a pensé pouvoir appliquer par analogie la loi sur l'organisation judiciaire en ce qui concerne les procédures de nomination et le statut des magistrats de la Cour des comptes.

Le rapporteur soussigné, qui avait participé à la dernière séance de la Commission finances consacrée à la première lecture du projet de loi, fit valoir que ce renvoi à la loi d'organisation judiciaire n'était pas adéquat et que la constitution devait être complétée d'un certain nombre de dispositions quant à l'élection des magistrats à une Cour des comptes indépendante du pouvoir judiciaire.

Ce point de vue fut partagé par le professeur Blaise Knapp, qui a été mandaté à cet effet et qui a rendu un avis de droit particulièrement fouillé de 39 pages, annexé au présent rapport, analysant les compétences de la Cour des comptes et indiquant – s'agissant d'une institution distincte du pouvoir judiciaire – quelles sont les différentes dispositions constitutionnelles et légales qui devaient, à son avis, être adoptées dans le cadre de cette institution nouvelle dont les membres seraient élus par le peuple.

Dans son avis de droit, le professeur Knapp a abordé une question particulièrement délicate, à savoir la saisine de la Cour des comptes par un citoyen, le projet de loi résultant de la première lecture prévoyant qu'un citoyen pouvait « saisir » la Cour des comptes. La question se posait de savoir si la personne en cause devenait partie dans la procédure devant la Cour et si les décisions de celle-ci étaient sujettes à recours.

Cette question a été clarifiée par une correction apportée à l'article 2, alinéa 1, du projet de loi en prévoyant que « toute personne peut communiquer à la Cour des comptes (et non « saisir ») des faits ou des pratiques dont elle a connaissance et qui pourraient être utiles à l'accomplissement de ses tâches ».

L'intervention faite auprès de la Cour des comptes constitue donc une simple information. L'alinéa précité précise encore que « la Cour des comptes décide librement si elle entend donner suite aux démarches dont elle

a fait l'objet », de sorte que la Cour des comptes est libre de donner suite ou non aux informations qui lui sont adressées. Enfin, l'alinéa précise que les auteurs de ces informations ne peuvent pas intervenir dans les procédures de contrôle engagées par la Cour des comptes, celles-ci étant de nature non contentieuse.

Ces précisions apportées au projet de loi rendent sans objet les commentaires du professeur Knapp sur cette question épineuse. La Commission s'étant, par ailleurs, ralliée au point de vue du professeur Knapp portant sur l'indépendance de la Cour des comptes par rapport au pouvoir judiciaire, l'essentiel des observations et propositions qu'il a formulées ont été prises en compte dans le cadre d'un nouvel article constitutionnel portant le numéro 141, qui fixe les bases de la Cour des comptes et de l'élection des ses membres.

La volonté de la Commission des finances d'instituer une Cour des comptes totalement indépendante, y compris par rapport au pouvoir judiciaire, a amené certains députés à se poser la question de savoir si le Grand Conseil n'allait pas créer un « quatrième pouvoir ».

Notre régime constitutionnel suisse est fondé sur le concept des trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire qui sont mis sur un pied d'égalité et qui sont indépendants les uns des autres.

Même si la Cour des comptes constitue une autorité totalement indépendante des trois pouvoirs précités, on ne saurait pour autant considérer la Cour des comptes comme un « quatrième pouvoir », ce d'autant plus que ses compétences sont limitées dans le sens où elle doit rendre des rapports sur les entités qu'elle contrôle. La Cour des comptes n'a donc pas de pouvoir de décision et ne peut pas imposer des mesures aux entités contrôlées. Il appartiendra au Grand Conseil, au Conseil d'Etat et au pouvoir judiciaire de décider quelles suites ils entendent donner aux rapports de la Cour des comptes. Dans le cadre de cette réflexion relative aux trois pouvoirs, il faut bien admettre que ceux-ci se répartissent en diverses autorités de décision, tout particulièrement dans le cadre d'un Etat fédéral comme la Suisse où il y a trois échelons de pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires (à savoir la Confédération, les cantons et les communes).

Il faut par ailleurs relever que chacun des trois pouvoirs empiète l'un sur l'autre, puisque les exécutifs légifèrent sous forme de règlements et statuent sur des recours. Le pouvoir législatif a des compétences administratives et statue parfois même sur des recours. La notion des trois pouvoirs doit donc être traitée d'une manière assez large en fonction du développement de nos diverses institutions.

## **Commentaire de l'article 141 de la constitution**

### ***Alinéa 1***

Les institutions cantonales de droit public et les organismes subventionnés sont soumis à un contrôle indépendant et autonome qui est confié à la Cour des comptes. L'indépendance de cette institution et son autonomie sont garantis d'entrée de cause.

La Cour des comptes procède à des contrôles relevant de son libre choix. Elle n'est donc pas tenue de donner suite aux demandes ou informations qui lui sont adressées, sous réserves des demandes émanant du Grand Conseil, du Conseil d'Etat ou du pouvoir judiciaire qui ne peuvent pas être classées sans suite, ni sans explication, selon l'exigence posée à l'article 2, alinéa 2, de la loi.

La Cour des comptes est, par ailleurs, tenue d'établir des rapports rendus publics sur les objets qu'elle a choisis de traiter.

Il faut, en outre, préciser qu'il n'y a aucune préséance de la Cour des comptes par rapport à l'Inspection cantonale de finances, contrairement à ce que préconise la professeur Knapp. Ces deux institutions se trouvent sur un pied d'égalité et il n'y a donc pas de préséance de la Cour des comptes. Les deux institutions peuvent engager simultanément des enquêtes auprès d'une même entité. Nombre d'établissements publics sont déjà soumis à la surveillance de plusieurs autorités de contrôle sans que cela ne crée de problèmes. On peut, toutefois, penser que la Cour des comptes et l'Inspection cantonale des finances développeront une politique d'information et de coordination relative à leurs enquêtes.

### ***Alinéa 2***

La Cour des comptes est élue selon le système majoritaire, selon le même mode d'élection que le Conseil d'Etat, les exécutifs communaux et les tribunaux.

### ***Alinéa 3***

Vu les qualifications requises pour un magistrat siégeant à la Cour des comptes, il est apparu judicieux de fixer un âge minimum de 27 ans pour être éligible. Aucun âge limite n'a par contre été fixé dans la constitution, considérant que le corps électoral était apte à se déterminer.

### ***Alinéa 4***

Il est apparu judicieux de fixer, comme pour les tribunaux, une période de fonctionnement de six ans.

### ***Alinéa 5***

Il appartient à la Cour des comptes d'établir chaque année son budget de fonctionnement qui sera inscrit au budget de l'Etat, comme cela est le cas pour le budget du pouvoir judiciaire, qui devra être adopté par le Grand Conseil. Il en va de même pour ses comptes et son rapport de gestion. Le Grand Conseil pourra déléguer le contrôle des comptes à l'Inspection cantonale des finances.

### ***Alinéa 6***

Le Grand Conseil exerce la haute surveillance de la Cour des comptes, comme le Conseil fédéral exerce la haute surveillance du Tribunal fédéral. Cette haute surveillance qui pourrait intervenir en cas de dysfonctionnements, est normale. Toute institution doit être soumise à une surveillance et ne saurait prétendre échapper à un contrôle de son fonctionnement, au risque que certains abus ne soient commis et ne puissent pas être sanctionnés sous une forme ou une autre.

Les magistrats du pouvoir judiciaire peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires de la part du Conseil supérieur de la magistrature. La Commission n'a pas voulu préciser la portée de la haute surveillance du Grand Conseil, mais celui-ci pourra prendre les mesures qui s'imposent en fonction des circonstances, notamment en cas d'insuffisances ou de fautes de la part des magistrats de la Cour des comptes.

Le Conseil d'Etat est soumis à la surveillance du Grand Conseil et le pouvoir judiciaire à celle du Conseil supérieur de la magistrature. Quant au Grand Conseil, qui constitue l'émanation du peuple, il est précisément soumis à la sanction de ce dernier.

### ***Alinéa 7***

La loi d'application règle le nombre des magistrats de la Cour des comptes qui doit s'élever à trois au moins, ce qui permet au Grand Conseil d'augmenter, si nécessaire, le nombre des magistrats et des suppléants, comme il le fait pour les juges du pouvoir judiciaire, contrairement à ce qui est prévu pour le pouvoir judiciaire, le Grand Conseil n'est pas chargé d'élire un remplaçant en cas de vacance. Les autres questions d'organisation sont fixées par la loi.

### ***Article 47, alinéa 1, article 50, alinéa 6 et article 74, alinéa 1***

Certaines autres dispositions de la constitution doivent faire l'objet de modifications formelles. L'alinéa 47 spécifie que la Cour des comptes est élue par le peuple, comme c'est le cas pour le Conseil d'Etat, le Grand Conseil et le pouvoir législatif.

L'article 49, alinéa 1, relatif à la prestation de serment des magistrats élus par le peuple, doit bien entendu être appliqué à ceux siégeant à la Cour des comptes.

Enfin, l'article 74, alinéa 1, fixe les incompatibilités imposées aux membres de la Cour des comptes.

Au vu de ce qui précède, la Commission des finances à l'unanimité vous recommande, Mesdames et Messieurs les députés, d'adopter le présent projet de loi.

*Annexe : avis de droit du professeur Knapp*

## **Projet de loi constitutionnelle (8447)**

**modifiant la constitution de la République et canton de Genève (A 2 00)**  
*(instituant une Cour des comptes)*

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève  
décrète ce qui suit :

### **Article unique**

La constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, est  
modifiée comme suit :

#### **Art. 47, al. 1 (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup> Le Conseil général élit directement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif,  
le pouvoir judiciaire et la Cour des comptes.

#### **Art. 49, al. 1 (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup> Les députés au Grand Conseil, les membres du Conseil d'Etat, les  
magistrats du pouvoir judiciaire, les magistrats de la Cour des comptes, les  
conseillers municipaux et les magistrats communaux entrent en fonctions  
après avoir prêté serment. La prestation de serment a lieu au plus tard dans  
les 30 jours qui suivent la date de leur élection, sauf en cas d'impossibilité  
justifiée.

#### **Art. 50, al. 6 (nouveau)**

<sup>6</sup> Lors de l'élection de la Cour des comptes, si le nombre des candidats  
inscrits ne dépasse pas celui des magistrats à élire, l'élection est tacite. Le  
Conseil d'Etat proclame tous ces candidats élus sans scrutin. En cas de  
vacance dans l'intervalle de la prochaine élection, il est procédé dans les trois  
mois à une élection partielle.

#### **Art. 74, al. 1 (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup> Sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions :

- a) de conseiller d'Etat et de chancelier d'Etat;
- b) de collaborateur de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du  
chancelier d'Etat;
- c) de collaborateur du service du Grand Conseil;
- d) de cadre supérieur de la fonction publique;



- e) de magistrat du pouvoir judiciaire, à l'exception des juges suppléants et des juges prud'hommes;
- f) de magistrat de la Cour des comptes.

## **Titre IXA Cour des comptes (nouveau)**

### **Art. 141 Cour des comptes (nouveau)**

<sup>1</sup> Un contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des institutions cantonales de droit public et des organismes subventionnés est confié à une Cour des comptes. Les contrôles qu'elle opère relèvent du libre choix de la Cour et font l'objet de rapports rendus publics, pouvant comporter des recommandations, qui sont communiqués au Conseil d'Etat, au Grand Conseil ainsi qu'à l'entité contrôlée.

<sup>2</sup> La Cour des comptes est élue par le Conseil général en un seul collège, selon le système majoritaire.

<sup>3</sup> Sont éligibles à la Cour des comptes les électeurs laïques, jouissant de leurs droits civiques et âgés de 27 ans accomplis. Les autres conditions d'éligibilité sont fixées dans la loi.

<sup>4</sup> La Cour des comptes est renouvelée intégralement tous les 6 ans. Les magistrats sortants de charge sont immédiatement rééligibles. Ils entrent en fonctions sitôt après avoir prêté serment devant le Grand Conseil.

<sup>5</sup> La Cour des comptes établit chaque année son budget de fonctionnement, inscrit au budget de l'Etat dans une rubrique spécifique à cet effet, ainsi que ses comptes et un rapport de gestion qui sont soumis à l'approbation du Grand Conseil.

<sup>6</sup> Le Grand Conseil exerce la haute surveillance de la Cour des comptes.

<sup>7</sup> La loi fixe les compétences et le nombre des membres de la Cour des comptes, qui est composée d'au moins trois magistrats à plein temps et d'au moins un suppléant. Elle règle l'exécution du présent article.

**AVIS DE DROIT**  
**CONCERNANT**  
**LA COUR DES COMPTES**

## I. Objet de l'avis de droit

1. Par lettre du 27 mai 2004, la Présidence du Grand Conseil a demandé un avis de droit concernant les questions juridiques que pourrait poser le projet de Cour des comptes issu des travaux de la Commission des finances dudit Grand Conseil.
2. L'examen doit avoir trait notamment à la constitutionnalité du Projet, aux relations de la Cour des comptes avec les autres pouvoirs et leurs organes de contrôle, à la saisine de la Cour ainsi qu'à la procédure devant elle.
3. Le Service du Grand Conseil a bien voulu nous remettre un dossier concernant les Projets de lois 8447, 8448 ; les versions provisoires desdits projets après examen par la Commission des finances ; diverses notes ; la proposition de modification de la loi portant règlement du Grand Conseil (ci-après LRG) ; les modifications de la loi sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques (ci-après LSGAF) selon projet voté le 10 mars 2004 ; un avis de droit de Me Haldy avocat au barreau de Lausanne ; ainsi que l'ouvrage de Stefan Koller « Braucht die Schweiz einen Rechnungshof ? » (ci-après « Koller »).
4. Le 23 juin 2004, Madame le Sautier a bien voulu nous remettre les procès-verbaux des auditions de M. Pierre-Alain Baudet, premier commissaire du gouvernement auprès de la Cour des Comptes de la région Rhône-Alpes et de M. William Dumazy Premier Président de la Cour des comptes de Belgique.
5. Enfin, le 28 juillet 2004, M. Laurent Koelliker, secrétaire scientifique, au Service du Grand Conseil nous a adressé une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> juillet 2004 rejetant un recours de droit public formé contre la loi du 13 février 2004 concernant le fonctionnement provisoire du Tribunal cantonal des assurances sociales (l'arrêt du 27 janvier 2004 accueillant un recours de droit public formé contre la désignation des juges assesseurs à ce même Tribunal étant connu par ailleurs).

## II. Les faits

### A. Les projets initiaux

6. Le 30 janvier 2001, plusieurs députés au Grand Conseil ont déposé deux projets de loi instituant une Cour des comptes « pour assurer un contrôle indépendant et autonome » de l'administration cantonale, des institutions de droit public du canton et des organismes subventionnés par celui-ci.
7. Le premier projet (PL 8447) prévoyait d'inclure dans la constitution genevoise un nouvel article 131 alinéa 3 instituant une Cour des comptes.
8. Le second projet (PL 8448) comportait une loi d'organisation de la Cour des comptes.

9. Les principales dispositions du projet de loi (PL 8448) peuvent se résumer comme suit :
- La Cour aurait pour tâche de vérifier, grâce à des contrôles, la « légalité des activités des institutions contrôlées » (ou « la légalité de leurs activités et des opérations décrites dans les comptes ») ; la « régularité des recettes et des dépenses décrites dans les comptes » (ou la « régularité de leurs comptes ») ; le « bon emploi » des moyens financiers à disposition ;
  - La Cour composée de trois « juges » élus selon les mêmes modalités que les magistrats du pouvoir judiciaire (c'est-à-dire par le Conseil général et, en cas de vacances, par le Grand Conseil) et soumis pour l'essentiel au statut des magistrats judiciaires ferait partie du pouvoir judiciaire ;
  - Les contrôles seraient instruits « dans les limites du code de procédure pénale et dans le souci de l'intérêt public » et selon la loi de procédure administrative ;
  - Les résultats de ces contrôles seraient inscrits, après que l'entité contrôlée aurait pu s'exprimer, dans des rapports qui seraient en principe publiés ;
  - La Cour devrait dénoncer au Procureur général les infractions à caractère pénal et aux autorités compétentes les infractions à caractère disciplinaire ;
  - Finalement la Cour devait faire des « recommandations » aux autorités compétentes pour corriger les « inefficacités relevées dans le cadre du contrôle de gestion ».
10. Le rapport explicatif exposait que la Cour compléterait les activités de l'Inspection cantonale des finances qui dépend du Conseil d'Etat (notamment en ce qu'il est tenu de lui soumettre son programme de contrôle), de la Commission de contrôle de gestion du Grand Conseil et de la Commission d'évaluation des politiques publiques. Elle se caractériserait par l'inamovibilité de ses membres, le libre établissement de son programme de contrôle et le suivi de ses conclusions assuré par ses pouvoirs de dénonciation et de recommandation.
11. Quant au contrôle du « bon emploi » des moyens financiers à disposition, il s'agirait de vérifier si les objectifs de gestion de l'entité contrôlée avaient été atteints en s'appuyant sur un contrôle interne des recettes et des dépenses, sans que la Cour ne se prononce sur l'opportunité des actions de cette entité et sans se substituer aux autorités politiques.

### ***B. Les projets de loi***

12. Le 17 mars 2004, la Commission des finances du Grand Conseil a adopté un projet de loi constitutionnelle (PL 8447) qui ne se distingue du projet initial que par le fait qu'elle prévoit l'élection de la Cour par le Conseil général.
13. Le projet de loi (PL 8448) se distingue du projet initial sur les points principaux suivants :
- La Cour peut être « informée » par « toute personne résidant dans le canton au par toute autorité constituée » ; la Cour peut « classer sans suite ni sans explication » cette « information » sauf si elle émane du Grand Conseil ou d'une de ses commissions ;
  - L'administration du pouvoir judiciaire et les autorités communales sont soumises au contrôle de la Cour des comptes ;

- Sur le plan de son organisation, la loi indique les qualifications requises des magistrats à la Cour des comptes ; elle définit le mode de désignation du président ; elle désigne la Cour, comme autorité de contrôle, de surveillance et de recours sur les actes et décisions de ses membres et confère à la Cour le choix de son personnel ;
- Les contrôles sont « instruits » par « tous les moyens d'investigation nécessaires » à l'établissement des faits : production de documents, auditions, expertises, sous réserve de l'intérêt au respect du secret professionnel ou de secrets de fonction prépondérants sur l'intérêt à l'établissement des faits ;
- Référence est faite à l'article 174A alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution genevoise qui détermine les conditions auxquelles devrait satisfaire, dans l'idéal, l'organisation administrative de l'Etat et des communes ;
- Les rapports de contrôle doivent contenir un délai dans lequel l'entité contrôlée devrait leur donner suite ;
- Un rapport général annuel de l'ensemble des activités de la Cour des comptes et faisant état du suivi de ses recommandations doit être publié ;
- Une entraide entre le pouvoir judiciaire et la Cour des comptes est prévue.

### *C. Caractéristiques du projet de loi sur la Cour des comptes*

14. *La première caractéristique* du projet est que la Cour des comptes est conçue comme une autorité indépendante du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Elle est un organe constitutionnel particulier de l'Etat de Genève.
15. Si cette comparaison est permise, elle est une manière d'organe de révision du droit des personnes morales de droit privé qui est, lui aussi, indépendant de l'organe dirigeant (Conseil d'administration, Direction générale) ; qui doit avoir les qualifications nécessaires à l'accomplissement de sa tâche ; qui vérifie si la comptabilité et les comptes annuels sont conformes à la loi ; qui doit recevoir tous les documents nécessaires à l'établissement d'un rapport de révision véridique et complet et les renseignements dont il a besoin par écrit lorsqu'il les demande ; en outre, l'organe de révision présente un rapport écrit et saisit les organes compétents s'il constate une violation de la loi.
16. Bien entendu, un réviseur qualifié fera, par la suite, rapport sur le suivi des remarques dont son rapport annuel sur les comptes pourrait avoir été assorti dans le passé.
17. Cependant, le rôle de la Cour des comptes va au-delà de celui des réviseurs du droit privé dans la mesure où elle est appelée en outre à se prononcer sur le bon emploi des moyens financiers mis à la disposition des entités contrôlées... et à faire des recommandations sur l'amélioration de cet usage.
18. Elle s'en distingue en outre par le fait qu'elle peut être mise en œuvre par des tiers extérieurs à l'entité contrôlée.
19. Dans cette mesure, la Cour des comptes peut être qualifiée d'organe de révision des comptes publics du Canton de Genève (y compris d'ailleurs la gestion du patrimoine privé de l'Etat et des entités soumises à son contrôle).

20. La Cour des comptes a ainsi un rôle spécifique qui n'est pas en compétition avec les trois pouvoirs traditionnels. En effet, elle n'a aucun pouvoir de décision ou de contrainte mais seulement un pouvoir d'enquête, de contrôle et de recommandation.
21. Ce point est confirmé par *la deuxième caractéristique* du projet.
22. En effet, selon le projet, la Cour des comptes n'a pratiquement aucun pouvoir de décision envers des tiers externes y compris les entités soumises à son contrôle, autre que celui de prendre des décisions de procédure dans le cadre de ses investigations : elle décide de son programme de contrôle ; elle requiert la production de documents ; elle décide d'auditions ; elle décide de faire procéder à des expertises ; elle décide du point de savoir si l'intérêt au secret de fonction l'emporte sur celui à l'établissement des faits ; elle décide du contenu de ses rapports ; elle signale à des tiers ses constatations lui paraissant impliquer des infractions pénales ou disciplinaires et elle fait des recommandations.
23. Le fait que la Cour des comptes fixe des délais à l'entité contrôlée pour donner suite à ses avis pose la question de savoir s'il s'agit là d'une décision. En effet, le respect du délai fixé n'est pas obligatoire (la Cour des comptes doit faire rapport sur les suites données à ses rapports). De plus, la relation entre le délai imparti à l'entité contrôlée et les recommandations que la Cour des comptes doit faire aux autorités politiques compétentes lorsqu'elle relève des « déficiences dans le cadre du contrôle de gestion » laisse, elle aussi, planer un doute quant à la nature impérative de la fixation du délai.
24. Les seuls vrais pouvoirs de décision de la Cour des comptes envers des tiers concernent les relations internes : le pouvoir de la Cour sur les actes et décisions de ses membres (une sorte de Conseil de la Magistrature chargée d'assurer la discipline et le bon fonctionnement interne de l'institution) et le choix et la gestion de son personnel.
25. Cette absence de pouvoir de décision envers les tiers externes, notamment les entités soumises à son contrôle et leurs agents, la distingue fondamentalement de la Cour des comptes française et des Cours des comptes conçues sur son modèle (Belgique, Espagne, Grèce, Italie, Luxembourg, Portugal selon Koller, p. 96).
26. En effet, comme l'indique le document descriptif des fonctions des Chambres régionales et de la Cour des comptes en France, communiqué à la Commission de finances par M. Baudet, les Chambres régionales et la Cour des comptes ont une fonction juridictionnelle en ce sens qu'elle juge de la régularité des comptes en vérifiant que le comptable a exercé tous les contrôles qu'il est tenu d'effectuer (à cet égard, M. Jean Raynaud procureur général honoraire près la Cour des Comptes, indique dans son « Que sais-je » consacré à la Cour des comptes que le comptable doit notamment vérifier la régularité des décisions de ceux qui ordonnent les paiements que le comptable enregistre - p. 4,65 et 81 ss -). Après une procédure contradictoire, les Chambres régionales rendent des jugements à ce sujet qui valent décharge pour les comptables ou qui imposent aux comptables de dédommager la collectivité pour les dommages que leur négligence lui cause. Ces jugements sont susceptibles d'appel devant la Cour des comptes puis devant le Conseil d'Etat (M. Raynaud parle de « véritable ordre juridictionnel financier » - p.17 -).
27. La Cour des comptes française peut en outre prononcer des amendes en cas de retard ou de refus de communication des comptes par un comptable public (M. Raynaud, p. 75) et déférer un administrateur devant la Cour de discipline budgétaire et financière pour

violation des règles sur l'engagement et l'ordonnement des dépenses publiques (M. Raynaud, p. 49 et 92 ss).

28. La Cour des comptes belge a aussi un pouvoir analogue envers les comptables et possède un pouvoir de nature juridictionnelle envers les ordonnateurs pour recouvrer les sommes dont le versement a été autorisé en violation de la loi.
29. En revanche, selon la conception germanique, les Cours des comptes n'ont aucun pouvoir de juridiction et d'exécution ; elles ne peuvent pas trancher de questions juridiques de manière obligatoire avec effet externe ; tout ce qu'elles peuvent faire est d'établir des manquements dans leurs rapports et demander aux autorités dotées d'un pouvoir de décision d'y apporter les corrections requises (Koller, p. 96).
30. Ainsi, ni la Cour des comptes fédérale allemande ni la Cour des comptes autrichienne n'ont de pouvoir de contrainte ; les conséquences de leurs rapports doivent être mises en œuvre par le Gouvernement ou le Parlement. Leurs rapports sont considérés comme des faits et non comme des actes juridiques (Koller, p. 151).
31. Koller souligne (p. 150) que cette absence de pouvoir de juridiction et d'exécution est justifiée par le fait que l'octroi d'un tel pouvoir reviendrait à créer un quatrième pouvoir.
32. Ainsi, le projet de Cour des comptes genevois se rapproche du modèle germanique sans pouvoir de décision et d'exécution.
33. La *troisième caractéristique* du projet est que la Cour des comptes s'ajoute à d'autres contrôles et surveillances qui tous ont pour objet d'assurer une gestion administrative et financière régulière (conforme aux règles de la comptabilité, complète et véridique), légale (existence d'une base légale valable et respect des procédures d'engagement des dépenses) et efficace (usage efficace, économe et proportionnelle des moyens disponibles) de l'Etat de Genève au sens large :
- la surveillance exercée dans le cadre du pouvoir hiérarchique au sein d'une même collectivité publique ou d'un même établissement public ;
  - la surveillance exercée par l'autorité centrale dans le cadre des activités décentralisées sur des entités externes ;
  - le rôle de l'Inspection cantonale des finances dans le cadre de la LSGAF ;
  - les systèmes de contrôle interne ;
  - le rôle des réviseurs dans les sociétés de droit privé avec participation de l'Etat ;
  - le rôle des fiduciaires mandatées par le Conseil d'Etat pour procéder à un audit général ou sectoriel selon l'art. 174A Cst ;
  - le rôle du Grand Conseil et notamment de :
    - sa Commission des finances qui, selon l'article 201 LRGC alinéa 2 lettres a) et b), est saisie : a) des rapports de l'inspection cantonale des finances; b) des rapports de la commission externe d'évaluation des politiques publiques;
    - sa Commission de contrôle de gestion qui, selon l'article 201A, alinéa 2, LRGC, est chargée de manière permanente d'examiner et de surveiller : a) la gestion du Conseil d'Etat et l'activité de l'administration centralisée; b) la gestion et l'activité de l'administration décentralisée, notamment celles des établissements publics et autres fondations de droit public; c) la gestion et



l'activité des organismes publics ou privés subventionnés par l'Etat ou dépendant de celui-ci à l'exception de la Banque cantonale de Genève, des communes et des institutions qui en dépendent et qui, selon l'article 201A, alinéa 5 LRGC est saisie de l'intégralité : a) des rapports de l'inspection cantonale des finances; b) des rapports d'audit; c) des rapports de la commission externe d'évaluation des politiques publiques.

34. Cette multiplicité des organes pouvant intervenir nécessitera un examen particulier du rôle de chacun d'eux pour éviter les doubles emplois et les lacunes.
35. Tout ce que l'on peut constater à ce stade est que la relation entre les deux Commissions du Grand Conseil est clarifiée par l'article 201A alinéa 10 LRGC qui dispose que : « La Commission de contrôle de gestion communique à la Commission des finances ses constatations qui concernent une gestion financière prêtant à la critique ».
36. En effet, cette disposition ne peut être interprétée que comme signifiant que la Commission des finances est seule en droit de traiter des questions de gestion financière que celles-ci apparaissent directement ou indirectement lors de l'examen de la gestion administrative des autorités et entités soumises à sa surveillance.

### III. Considérations juridiques

#### A. La constitutionnalité du projet de loi

37. Il n'est pas douteux que l'idée même de créer une Cour des comptes puisse faire l'objet d'une disposition de la constitution genevoise. La question est de savoir si un ancrage constitutionnel est nécessaire.
38. La Cour des comptes est destinée à avoir un rôle spécifique comparable à celui des réviseurs dans les sociétés de droit privé. Or on sait que l'organe de révision est l'un des organes fondamentaux des sociétés privées et que le principe de la nomination et la définition du rôle de l'organe de contrôle sont définis par la loi qui fixe les règles générales concernant cet organe ; les modalités d'application de ces principes sont pour le surplus prévues dans les statuts de la société de droit privé en cause.
39. Partant, si l'on reconnaît une certaine analogie entre l'organe de révision du droit privé et une Cour des comptes, il est, pour cette **première raison**, judicieux que la Cour des comptes trouve son fondement dans la constitution qui est, juridiquement, l'acte fondateur du canton.
40. En outre, la Cour des comptes doit être autonome et indépendante des autres organes « constitutionnels » de l'Etat et se trouver donc dans une situation d'égalité avec ceux-ci. Elle ne devra notamment ni dépendre d'aucun d'entre eux ni être soumise à leur surveillance ou à leur contrôle.
41. Elle ne peut donc être qu'un organe « constitutionnel » de l'Etat créé par la constitution contrairement aux organes créés par la loi qui dépendent d'un autre organe « constitutionnel » quant à leur création, leur rôle, leur fonctionnement et leur surveillance.



42. Dans cette mesure, il est logique que la règle constitutionnelle créant la Cour des comptes s'inspire de la pratique constitutionnelle genevoise relative aux organes « constitutionnels » de l'Etat.
43. La pratique constitutionnelle genevoise concernant les organes « constitutionnels » de l'Etat veut que soient inscrits dans la constitution genevoise (ci-après Cst/GE) :
- Le principe de l'élection par le Conseil général (pour le Conseil d'Etat : articles 47 et 102 Cst/GE ; pour les membres du Grand Conseil : article 70 Cst/GE ; pour les membres du pouvoir judiciaire : article 132 Cst/GE).
  - le mode d'élection (pour le Grand Conseil : article 70 Cst/GE ; pour le Conseil d'Etat : article 102 Cst/GE ; pour les tribunaux : article 132 Cst/GE),
  - la durée du mandat (article 71 Cst/GE pour le Grand Conseil ; article 102 Cst/GE pour le Conseil d'Etat ; article 132 pour les tribunaux),
  - le principe de la rééligibilité (mêmes articles de la Cst/GE),
  - les règles sur le remplacement en cas de vacance (qui ne sont indispensables que pour des élections selon le mode majoritaire où il n'y a pas de « viennent en suite » prêts à suppléer en cas de vacance) (pour le Conseil d'Etat : article 109 Cst/GE ; pour les tribunaux : article 132 Cst/GE),
  - le nombre des membres de l'organe (article 70 Cst/GE pour le Grand Conseil ; article 101 Cst/GE pour le Conseil d'Etat)
44. L'autonomie et l'indépendance devraient, bien entendu, être affirmées dans la constitution et même l'être en premier lieu.
45. Mais, autonomie et indépendance n'en impliquent pas moins que les organes de l'Etat doivent coopérer entre eux et avoir des relations dont la nature doit être précisée.
46. Ainsi, selon l'article 82 Cst/GE, le Conseil d'Etat doit soumettre chaque année un « compte rendu de toutes les parties de l'administration » concernant sa gestion au Grand Conseil qui, après examen par la Commission de contrôle de gestion « statue » à ce sujet.
47. Ainsi, selon les articles 124 et 135 Cst/GE, même si l'organisation intérieure et le fonctionnement des tribunaux relèvent de ceux-ci et si les magistrats du pouvoir judiciaire sont soumis pendant la durée de leur charge à la surveillance d'un Conseil supérieur de la magistrature doté de compétences disciplinaires et chargé de veiller au bon fonctionnement des tribunaux, notamment à ce que les magistrats du pouvoir judiciaire exercent leur charge avec dignité, « le Conseil d'Etat veille à ce que les tribunaux remplissent leurs fonctions avec exactitude ».
48. De plus, même si ce texte ne figure pas dans la Cst/GE, il convient aussi de rappeler l'article 212 LRGC qui prévoit la mise en place d'une Commission judiciaire chargée d'examiner les objets que le Grand Conseil décide de lui renvoyer à propos de tout ce qui concerne l'administration de la justice.
49. Ainsi, seul le Grand Conseil échappe à toute forme de contrôle ou de surveillance de la part d'un autre organe étatique, sous réserve du contrôle incident de la constitutionnalité et de la validité des lois qu'il adopte, exercé par le juge.

50. Il y a donc lieu de régler dans la constitution genevoise la question de la relation entre la Cour des comptes et les autres organes « constitutionnels » de l'Etat.
51. Cette question des rapports de la Cour de comptes avec le Grand Conseil, le Conseil d'Etat et les tribunaux est une question de nature politique puisque, dans la pratique, on rencontre, selon Koller, trois systèmes de Cours sans pouvoir de juridiction comme envisagé à Genève : le lien avec l'exécutif, le lien avec le législatif et le lien avec le législatif et l'exécutif.
52. Pour cette **deuxième raison** résultant de la conformité avec la pratique constitutionnelle genevoise, la Cour des comptes devrait trouver son fondement dans la constitution genevoise.
53. L'inscription de la Cour des comptes dans la constitution genevoise devrait contenir au moins des dispositions sur les questions qui viennent d'être énumérées.
54. On peut en outre se demander si, comme la constitution genevoise le fait pour le Grand Conseil, pour le Conseil d'Etat et pour les tribunaux, les attributions de la Cour des comptes ne devraient pas être indiquées au moins sommairement dans la constitution genevoise : vérifier la conformité des comptes avec les principes de la légalité et de la régularité et l'utilisation efficace des moyens financiers à disposition pour mettre en œuvre les politiques décidées par les autorités compétentes.
55. Une **troisième raison** pourrait justifier l'inscription de la Cour des comptes dans la constitution genevoise : le fait que les dispositions constitutionnelles ne peuvent, selon l'article 47 Cst/GE être modifiée que par le vote du Conseil général, ce qui assurerait son statut contre les velléités du législateur.
56. Pour le surplus, la question de savoir ce qu'il convient d'inscrire dans la constitution et ce qui peut ou doit être laissé à la loi est une question d'appréciation politique et de la technique législative.
57. Certains considèrent que la constitution ne doit contenir que des règles fondamentales essentielles au bon fonctionnement des institutions (c'est ce que le constituant fédéral de 1999 a voulu faire ; et c'est le sens de la proposition du Contrôle fédéral des Finances de 1997 telle qu'elle est rapportée par Koller, p. 689, note 173) ; d'autres considèrent que le constituant est libre de « constitutionnaliser » tout ce qu'il estime devoir l'être (Koller p. 690 propose trois articles et 13 alinéas pour une éventuelle Cour des comptes fédérale).
58. **En conclusion**, la constitution genevoise devrait se prononcer au minimum sur le principe de l'élection des membres de la Cour des comptes par le Conseil général ; le mode de leur élection (majoritaire ou proportionnel) ; les règles de remplacement en cas de vacance ; la durée du mandat ; la rééligibilité (exclue, limitée dans le temps ou illimitée) ; le nombre des membres de la Cour ; les attributions de la Cour ; l'autonomie et l'indépendance de la Cour et le principe de la haute surveillance du Grand Conseil auquel la Cour doit adresser un rapport de gestion.

## **B. Haute surveillance, surveillance et contrôle**

59. Avant d'aborder les questions relatives aux relations avec les autres pouvoirs et leurs organes de contrôle, il convient de définir brièvement quelques termes qui seront utilisés dans leur examen.
60. En effet, la théorie juridique et la pratique distinguent, usuellement, les concepts de haute surveillance<sup>1</sup>, de surveillance interne<sup>2</sup>, de surveillance externe<sup>3</sup>, de contrôle<sup>4</sup>.

### **a) la haute surveillance**

61. La haute surveillance est la surveillance « supérieure » externe exercée, au sein d'une même collectivité publique, par une autorité ou un organe sur une autorité ou un organe, dotés de pouvoirs de surveillance, qui ne sont pas dans une relation hiérarchique entre eux afin de vérifier que l'autorité ou l'organe soumis à haute surveillance fonctionnent de manière normale et exécutent les tâches que la constitution et la loi leur confient.
62. Elle est une la surveillance limitée qu'exerce un organe constitutionnel « supérieur » en légitimité sur des autres organes constitutionnels.
63. La haute surveillance n'a pas pour objet de vérifier la manière dont l'autorité ou l'organe qui lui sont soumis gèrent leurs tâches au quotidien.
64. La haute surveillance ne porte pas sur le détail de l'administration quotidienne des agents publics ou des entités publiques ; cette surveillance de détail au jour le jour relève des organes et des autorités soumis à haute surveillance.
65. La haute surveillance porte sur l'ensemble des tâches et des activités internes et externes de l'autorité ou de l'organe soumis à haute surveillance.
66. L'exemple classique de la haute surveillance est celui du Parlement fédéral sur le Conseil fédéral ou sur le Tribunal fédéral ou celui prévu à l'article 82 Cst/GE en faveur du Grand Conseil sur le Conseil d'Etat.
67. La législation détermine les moyens d'action que la haute surveillance peut comporter, notamment questions orales, demandes de renseignement.
68. La haute surveillance s'exerce a posteriori sur des faits réalisés qui ne peuvent plus être remis en cause par l'autorité ou l'organe de haute surveillance qui, en tout état de cause, n'aurait le plus souvent pas les compétences légales pour le faire.
69. Notamment, l'organe ou l'autorité exerçant la haute surveillance ne peuvent pas modifier les décisions prises par l'organe ou l'autorité qui en est l'objet, sauf si ce pouvoir exorbitant lui a été conféré par la loi ou la constitution. En effet, l'autorité ou l'organe exerçant la haute surveillance ne peut pas substituer sa propre interprétation du droit, sa

<sup>1</sup> Nos collègues alémaniques parlent de « Oberaufsicht »

<sup>2</sup> Nos collègues alémaniques parlent de « Dienstaufsicht »

<sup>3</sup> Nos collègues alémaniques parlent de « Verbandsaufsicht »

<sup>4</sup> Nos collègues alémaniques parlent de « Finanzkontrolle »

propre appréciation des faits et sa propre appréciation de l'opportunité, sans mettre en cause la séparation des pouvoirs et des compétences.

70. Comme il n'y a aucune hiérarchie entre l'organe ou l'autorité exerçant la haute surveillance et l'autorité ou l'organe qui en est l'objet, les premiers ne peuvent donner des instructions aux seconds. En revanche, lorsque la haute surveillance est exercée par le législateur, ce dernier peut, bien entendu, modifier, pour l'avenir, les règles déterminant les tâches des organes et autorités soumis à haute surveillance et la manière de les exécuter.
71. En tout état de cause, l'autorité ou l'organe exerçant la haute surveillance peuvent faire des remarques et des recommandations lorsqu'elles considèrent que l'organe ou l'autorité qui en sont l'objet ne fonctionnent pas de manière normale ou ont des pratiques insatisfaisantes.
72. Une intervention directe et impérative des organes ou autorités de haute surveillance dans l'organisation des autorités qui leur sont soumises ne se justifie que si une défaillance de la surveillance ordinaire est constatée par ces organes.
73. Sauf circonstances exceptionnelles telles que la création de commissions d'enquête parlementaires, lorsque la législation en prévoit la possibilité, la haute surveillance s'exerce dans le cadre d'un examen de la gestion de l'autorité ou de l'organe faisant l'objet de la haute surveillance sur la base d'un rapport annuel établi par cette dernière autorité ou ce dernier organe.
74. En résumé, la haute surveillance est un contrôle, souvent de nature politique, visant à assurer un fonctionnement normal des autorités et organes qui en sont l'objet, exercé par une autorité ou un organe à qui la constitution en général et parfois la loi ont accordé ce pouvoir et les moyens de l'exercer.
75. Elle est en quelque sorte une « super-surveillance » externe sur des organes ou autorités dotées de pouvoirs de surveillance ou de contrôle sur des agents ou des entités inférieurs.

## **b) la surveillance interne**

### **i) la surveillance hiérarchique**

76. La surveillance interne est aussi dénommée « pouvoir hiérarchique » parce qu'elle est exercée au sein d'une même autorité, d'un même organe ou d'une même entité par les dirigeants de cette autorité, de cet organe ou de cette entité.
77. La surveillance hiérarchique suppose une relation de dépendance du surveillé envers le surveillé.
78. Elle est typique de la surveillance exercée par le gouvernement sur l'administration puis, au sein de celle-ci, par les divers niveaux de la hiérarchie les uns sur les autres.
79. La surveillance hiérarchique porte sur l'ensemble des activités internes et externes d'un organe, d'une autorité ou d'une entité de l'Etat.

80. La surveillance hiérarchique s'exerce tant a priori avant qu'un fait ne soit accompli qu'a posteriori après les faits.
81. Ainsi, l'autorité ou l'organe hiérarchique supérieur dispose d'un grand nombre de moyens d'actions lui permettant d'exercer une surveillance a priori sur les actes des autorités, organes ou entités soumis à leur surveillance : organisation du service ; nomination et gestion du personnel ; établissement de circulaires internes notamment de circulaires interprétatives des lois qui, en principe, lient leurs destinataires ; instructions dans un cas particulier ; évocation, lorsque la loi le permet, de dossiers pour décision.
82. En outre, dans le cadre de ses compétences, le supérieur hiérarchique peut aussi intervenir a posteriori sur des faits qui ne peuvent être remis en cause que dans des cas particuliers et dans des délais prescrits. Il peut notamment contrôler la validité des décisions de l'organe, de l'autorité ou de l'entité soumis à la surveillance hiérarchique ; les révoquer ou les modifier pour de motifs de légalité et d'opportunité ; exercer le pouvoir disciplinaire.
83. Le pouvoir hiérarchique permet à l'autorité ou l'organe l'exerçant de substituer sa propre interprétation du droit, sa propre appréciation des faits et sa propre appréciation de l'opportunité à celle de l'organe, de l'autorité ou de l'entité soumis à la surveillance hiérarchique.
84. La surveillance hiérarchique s'exerce spontanément ou sur dénonciation.
85. Elle a pour finalité de permettre à l'autorité ou à l'organe qui l'exerce et qui est, politiquement, responsable envers les tiers et envers l'autorité exerçant la haute surveillance du bon accomplissement des tâches qui lui ont été confiées de veiller à ce que les organes, les autorités et les agents qui dépendent d'eux non seulement accomplissent les tâches que la loi ou la constitution lui confient mais encore à le fassent dans le respect des principes fondamentaux du droit et de manière opportune.
86. L'autorité ou l'organe qui exercent la surveillance hiérarchique peuvent non seulement émettre des recommandations mais peuvent adopter des décisions contraignantes.
87. En résumé, la surveillance hiérarchique est un contrôle exercé, au sein d'un organe, d'une autorité ou d'une entité, par une autorité ou un organe de ces mêmes organe, autorité ou entité, dotés de pouvoirs hiérarchiques, afin d'assurer que les organes, autorités ou entités inférieurs accomplissent régulièrement et normalement les tâches que la législation leur a confiées. Elle comporte un large pouvoir de substitution du surveillant sur le surveillé.
- ii) la surveillance interne non-hiérarchique*
88. La surveillance interne peut aussi être confiée à un organe qui relève de la même autorité ou organe que lui, mais ne dispose d'aucun pouvoir hiérarchique ; cet organe bénéficie d'un statut spécial hors hiérarchie.
89. Dans cette hypothèse, l'organe particulier de surveillance se distingue des autorités ou organes de surveillance hiérarchique par le fait qu'il ne dispose d'aucun droit de substitution ou de prendre des décisions contraignantes alors même qu'il jouit des mêmes moyens d'action qu'eux.

90. L'organe de surveillance non-hiérarchique ne peut donc intervenir qu'au moyen de recommandations portant sur l'avenir et doit s'en remettre aux organes et autorités disposant du pouvoir hiérarchique pour agir, le cas échéant, de manière obligatoire.

*iii) la surveillance interne financière*

91. Un aspect particulier de la surveillance interne concerne le contrôle interne sur la gestion financière de l'organe, de l'autorité ou de l'entité soumis à surveillance c'est-à-dire sur le respect des principes fondamentaux de la gestion financière.

92. Cet aspect de la surveillance hiérarchique sera repris dans l'examen du concept de « contrôle ».

**c) la surveillance externe**

93. La surveillance externe porte sur l'ensemble des activités d'une entité décentralisée de l'Etat.

94. La surveillance externe est exercée par une autorité ou un organe d'une entité étatique sur les autorités ou les organes d'une autre entité étatique<sup>5</sup>.

95. Cette surveillance peut être pratiquement identique à la surveillance interne lorsque l'entité qui lui est soumise n'a pas d'autonomie mais est un organisme spécifique individualisé (décentralisé) par exemple une école.

96. Elle présente plus d'intérêt lorsque l'entité surveillée dispose d'une sphère dans laquelle elle dispose de l'autonomie.

97. En effet, dans ce cas, l'autorité ou l'organe de surveillance ne peut pas porter atteinte à cette autonomie, sans porter atteinte au principe de la légalité.

98. Ceci signifie que la surveillance ne peut pas s'exercer sur l'opportunité des décisions de l'entité autonome surveillée (étant précisé que l'abus de pouvoir, le détournement de pouvoir et l'excès de pouvoir risquant de mettre en cause ou en danger l'existence même de l'entité ou aboutissant à une violation du droit sont soumis à l'intervention de l'autorité ou de l'organe de surveillance).

99. Les moyens de cette surveillance sont définis dans la loi et la constitution.

100. Elle s'exerce a priori, notamment sous la forme d'une autorisation ou approbation préalables, comme a posteriori sous la forme d'un contrôle de la validité de certains actes individuels.

**d) le contrôle**

101. Le « contrôle » porte sur les aspects financiers des activités de l'Etat et, éventuellement, des entités décentralisées.

<sup>5</sup> Bien entendu, cette autre entité connaît elle-même une surveillance interne pour que ses organes puissent assumer leurs responsabilités envers l'autorité ou l'organe de surveillance.



102. Il est un aspect particulier de la surveillance et de la haute surveillance.
103. On distingue le contrôle financier interne à un organe, à une autorité ou à une entité décentralisée qui est une partie de cet organe, de cette autorité ou de cette entité décentralisée et le contrôle financier externe qui leur est extérieur.
104. Le contrôle financier interne est un moyen pour la hiérarchie de s'assurer, pour faire face à sa responsabilité politique envers les tiers et envers l'autorité de haute surveillance, que les agents, services, autorités ou organes qui dépendent d'elle respectent les principes de la comptabilité publique (légalité et régularité) et utilisent efficacement les moyens mis à leur disposition (contrôle de l'opportunité des dépenses et des moyens engagés).
105. Le contrôle financier interne peut être un contrôle a priori exercé par la hiérarchie ou par un organe spécialisé hors hiérarchie ; ce contrôle prévoit notamment que les dépenses et les engagements de dépenses sont soumis à un visa préalable en particulier afin de contrôler que les fonds nécessaires ont été alloués par le budget et restent et seront disponibles sur le crédit auquel ils devront être imputés.
106. Il peut aussi être exercé a posteriori, par la hiérarchie ou par l'organe spécialisé hors hiérarchie. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir de contrôle se borne au pouvoir de vérifier la régularité et la légalité des dépenses déjà encourues ou engagées et à celui d'émettre, le cas échéant, des recommandations pour l'avenir.
107. Le contrôle financier externe exercé par un organe spécialisé hors hiérarchie soulève deux problèmes principaux : premièrement comment assurer cette « externalité » c'est-à-dire quelle place faire à cet organe dans l'organisation de l'Etat ; secondement quel rôle attribuer à cet organe.
108. Chacun convient de deux choses :
- l'organe de contrôle externe spécialisé hors hiérarchie doit, par définition, être extérieur au pouvoir exécutif et à l'administration qu'il contrôle ;
  - Il doit contrôler les comptes du point de vue de la régularité (les comptes sont-ils complets et véridiques ? La dépense repose-t-elle sur une facture ? Les règles de la comptabilité ont-elles été respectées ? La dépense a-t-elle été imputée sur le crédit correspondant ?) et de la légalité (La dépense repose-t-elle sur une base légale valable ? Les crédits nécessaires sont-ils disponibles ? Les procédures d'engagement des dépenses ont-elles été correctement suivies ?)
109. Les discussions commencent lorsqu'il s'agit de définir la place exacte de l'organe spécialisé hors hiérarchie (organe rattaché administrativement à l'exécutif ? organe rattaché au Parlement ? organe indépendant de ces deux autres organes ?) ainsi que lorsqu'il s'agit de répondre à la question de savoir si au-delà d'un rôle de contrôle simplement comptable de la régularité et de la légalité des comptes de l'Etat, l'organe de contrôle externe spécialisé hors hiérarchie doit aussi se prononcer sur l'utilisation des moyens à disposition (c'est-à-dire sur le choix de la solution retenue, sur son rapport avec les résultats obtenus en un mot sur son efficacité) et sur l'opportunité des dépenses c'est-à-dire donner son avis sur l'emploi (judicieux ?) des fonds à disposition.

110. Pour le reste, chacun est d'accord que le contrôle externe est un contrôle a posteriori sans procédure d'« autorisation » préalable des dépenses et que le contrôle ne peut pas remettre en cause des dépenses déjà effectuées.
111. C'est à la lumière de ces concepts théoriques qu'il convient maintenant d'examiner les solutions déjà en place en droit genevois et de se pencher sur l'activité propre proposée pour la nouvelle Cour des comptes qui ne peut être cause de double emploi mais doit combler les éventuelles lacunes du droit en vigueur.

### *C. Le système de contrôle/surveillance en place et la nouvelle Cour des comptes*

#### **a) Le Grand Conseil et la nouvelle Cour des comptes**

112. Alors même que l'article 2 lettre i) LRGC prévoit expressément, parmi les compétences du Grand Conseil, celle de « recevoir et arrêter les comptes de l'Etat », ce même article est muet sur ses pouvoirs relatifs à la surveillance de la gestion de l'Etat.
113. Cependant, comme l'article 2 LRGC ne donne qu'une liste exemplative des compétences du Grand Conseil et qu'il concrétise la constitution, il résulte de l'article 82 Cst/GE que le Grand Conseil dispose de compétences aussi dans ce domaine.
114. En effet, outre le moyen de la question écrite selon l'article 3 lettre e) LRGC qui est une demande de renseignement posée par écrit au Conseil d'Etat sur un objet déterminé d'intérêt général, succinctement motivée (article 163 et 164 LRGC) et celui de la demande d'interpellation, selon l'article 3 lettre d) LRGC, qui est une question orale au Conseil d'Etat sur un objet déterminé de sa politique (article 157 LRGC) (l'interpellation urgente n'a aucune portée dans notre contexte puisque, selon l'article 162A LRGC, elle concerne non pas la gestion du Conseil d'Etat mais un événement ou un objet d'actualité), le Grand Conseil dispose de deux moyens de surveillance/contrôle sur la gestion administrative et financière du Conseil d'Etat :
- Les Commissions des finances et de contrôle de gestion
  - Les Commissions d'enquête parlementaire

#### **i) les Commissions des finances et de contrôle de gestion du Grand Conseil**

115. Nous avons déjà indiqué les bases d'action et les champs de compétence des Commissions des finances et de contrôle de gestion quant aux autorités et entités soumises à leur surveillance aux paragraphes 33 et 37 ci-dessus ; il s'agit, selon l'article 201A, alinéa 2 LRGC, du Conseil d'Etat et de l'administration centralisée; de l'administration décentralisée, notamment des établissements publics et autres fondations de droit public, des organismes publics ou privés subventionnés par l'Etat ou dépendant de celui-ci, des communes et des institutions qui en dépendent auxquels il faut ajouter par renvoi les articles 9 et 5 LSGAF (devenus 24 et 11 de la nouvelle LSGAF) les institutions privées dans lesquelles l'Etat possède une participation financière majoritaire ou une représentation majoritaire au sein de leurs organes supérieurs ainsi que les services centraux et les greffes du pouvoir judiciaire.



116. Il convient d'ajouter ici quelques indications relatives à leur fonctionnement et à leurs pouvoirs tels qu'ils résultent des alinéas 7 à 11 de l'article 201A LRGC ainsi que de l'article 9 LSGAF (repris comme article 24 de la nouvelle LSGAF, sous la nouvelle appellation de « missions accomplies par le Grand Conseil ») :

- Ces Commissions peuvent procéder à des contrôles relevant de l'Inspection cantonale des finances par elles-mêmes ;
- Elles peuvent faire procéder à des contrôles relevant de l'Inspection cantonale des finances par des mandataires privés spécialisés ;
- Elles « bénéficient des pleins pouvoirs pour procéder à toutes investigations utiles » à l'accomplissement de leur mission, elles ont notamment le droit de procéder à des investigations « sur place », celui d'entendre (à huis clos) toute personnes qu'elles jugent utiles et obtenir tous les documents qu'elles souhaitent, le secret de fonction étant d'emblée levé, contrairement aux secrets protégés par la législation fédérale ou une autre législation cantonale (l'anonymat de la personne entendue pouvant lui être garanti) ;
- Elles ont le pouvoir de faire des rapports et des recommandations mais pas celui de casser ou modifier des actes juridiques en force.

117. On constate ainsi que si l'Inspection cantonale des finances est le principal responsable du contrôle financier des activités des autorités, organes et organismes soumis à son contrôle, il n'a aucun monopole en ce domaine : le Grand Conseil a un plein pouvoir de procéder directement à tous les contrôles administratifs et, ce qui nous intéresse ici en relation avec la Cour des comptes, financiers.

118. On constate aussi que les pouvoirs d'investigation et d'enquête des Commissions du Grand Conseil, même en matière financière, sont identiques à ceux de l'Inspection cantonale des finances.

119. On constate enfin que les Commissions du Grand Conseil n'ont pas de pouvoirs autres que des pouvoirs de recommandations résultant des constatations faites dans des contrôles a posteriori et portant sur l'avenir ; ceci est conforme à la séparation des pouvoirs.

120. On remarquera néanmoins qu'aucune règle ne définit la procédure applicable par les Commissions du Grand Conseil sauf à préciser qu'elles disposent des « pleins pouvoirs » (article 9 LSGAF devenu article 23 de la nouvelle LSGAF) et qu'aucune disposition expresse spécifique ne définit la responsabilité des commissions, leur pouvoir de dénoncer les fautifs éventuels à la justice pénale ou à l'autorité disciplinaire compétente.

121. Il est aussi remarquable que le Grand Conseil peut substituer des tiers privés à l'Inspection cantonale des finances pour accomplir les mêmes activités qu'elle avec les mêmes pouvoirs, sans véritable restriction autre que le fait que leurs rapports doivent être communiqués à cette dernière.

## *ii) les commissions d'enquête parlementaire*

122. Les Commissions d'enquête parlementaire qui suspendent les travaux des Commissions ordinaires (article 230H alinéa 1<sup>er</sup> LRGC) sont instituées uniquement si des faits d'une gravité particulière sont survenus au sein des autorités cantonales, d'un

établissement ou d'une corporation de droit public cantonal ou de leurs administrations (article 230E LRGC).

123. Elles sont donc exceptionnelles, le Grand Conseil étant seul maître de décider si les faits sont « d'une gravité particulière » ; elles ne peuvent concerner que des entités de droit public.
124. Elles bénéficient de l'assistance juridique et administrative dont elles estiment avoir besoin de la part de l'entité ou de l'autorité concernée par l'enquête (article 230F, alinéa 2 LRGC).
125. Elles appliquent, par analogie, la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (ci-après LPA) (article 230G alinéa 1<sup>er</sup> LRGC).
126. Les autorités et agents concernés par l'enquête peuvent être entendus et les documents sollicités doivent être remis sans que le secret de fonction ne soit opposable « le droit fédéral étant réservé » (article 230G alinéa 3 LRGC). De même des tiers peuvent être entendus à titre de renseignement ou comme témoins dans les mêmes conditions, sous réserve de leur droit de refuser de témoigner (article 230G alinéa 4 LRGC).
127. La Commission, après audition du Conseil d'Etat et des autres entités ou organes concernés (article 230I LRGC), établit un rapport et « formule les propositions qu'elle estime devoir faire au regard de la situation » (article 230I alinéa 3 LRGC).
128. « Le Grand Conseil délibère sur le rapport de la commission et prend position sur les propositions formulées » (article 230J alinéa 1<sup>er</sup> LRGC).
129. On constate ainsi que la procédure d'enquête parlementaire est une modalité de la surveillance et du contrôle financier particulièrement solennelle et applicable dans des cas de manquements présumés graves
130. On constate aussi que :
- elle a un champ d'application limité quant aux autorités et entités de droit public du canton ;
  - elle est une surveillance ou un contrôle a posteriori ;
  - sa procédure est organisée ;
  - elle aboutit à un rapport ;
  - elle ne peut pas remettre en cause des actes juridiques entrés en force.

### iii) *la nouvelle Cour des comptes*

131. La Cour des comptes, selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du projet de loi, ne concerne que le contrôle financier à l'exclusion de la gestion administrative (dans ce domaine, elle n'a qu'un devoir d'informer les autorités politiques compétentes si elle constate des « déficiences » - article 10 alinéa 3 du projet de loi).
132. Elle a pour tâche de vérifier la légalité et la régularité des recettes et des dépenses inscrites dans les comptes (article 1<sup>er</sup> alinéa 2 du projet de loi). Ceci signifie qu'elle veille au respect de la LGAF qui régit les règles de la comptabilité publique à Genève.

133. Son champ d'action est identique à celui des Commissions du Grand Conseil avec une exception : le Conseil d'Etat et une addition : le Service du Grand Conseil (article 3 du projet de loi).
134. Elle dispose de moyens d'investigation limités : requête de production de documents ; auditions des intéressés ; recours à des expertises ; le secret de fonction ne lui est pas opposable (article 7 du projet).
135. Elle exerce un contrôle a posteriori et ne peut qu'établir des rapports assortis de recommandations d'amélioration de la gestion comptable et financière pour l'avenir, même si celles-ci devaient être suivies d'effet dans des délais fixés par elle (article 9 du projet de loi).
136. Elle ne peut pas remettre en cause des actes juridiques entrés en force ou des faits passés lorsque des tiers sont en cause.
137. Enfin, elle a le pouvoir de dénoncer les présumés responsables au procureur général et à l'autorité disciplinaire compétente (article 10 du projet de loi).

*iv) conclusion*

138. La comparaison des compétences du Grand Conseil en sa qualité d'autorité de (haute) surveillance et de celles de la Cour des comptes en sa qualité d'organe constitutionnel de surveillance (par définition hors hiérarchie) montre très clairement qu'il est vraisemblable que les deux organes constitutionnels puissent être amenés à examiner les mêmes questions et les mêmes faits en matière de comptabilité et de finances. Un risque de conflit de compétences positif entre ces deux organes constitutionnels et de cumuls des contrôles est donc évident.
139. Si des cumuls et des conflits positifs de compétences concurrentes peuvent se résoudre – malgré certaines difficultés pratiques – entre des organes constitutionnels et des organes administratifs créés par la loi par le principe selon lequel un organe qui tire son existence et ses compétences de la constitution doit l'emporter sur un organe fondé sur une loi, conformément à la théorie de la hiérarchie des règles (confirmé implicitement par le fait que, selon le projet de nouvel article 5 alinéa 2 LSGAF, l'Inspection cantonale des finances dépend hiérarchiquement du Conseil d'Etat et du Grand Conseil), ce principe n'est pas applicable entre deux organes de rang constitutionnel tels le Grand Conseil et la Cour des comptes.
140. Pour éviter autant que possible un conflit de compétences positif et un cumul des investigations sur des faits identiques, il serait, sans doute, judicieux que les rôles respectifs de la Cour des comptes et des Commissions du grand Conseil soient déterminés aussi clairement que possible dans la nouvelle loi sur la Cour des comptes.
141. Il y aurait probablement lieu de tenir compte du fait que, contrairement à l'Inspection cantonale des finances, la Cour des comptes ne peut pas simplement « assister » le Grand Conseil et ses Commissions (article 4, alinéa 4 LSGAF devenu article 5 alinéa 4 de la nouvelle LSGAF) ni en « dépendre hiérarchiquement » (article 5 alinéa 2 de la nouvelle LSGAF).

142. En effet, le but de la nouvelle règle constitutionnelle instituant une Cour des comptes est d'assurer son indépendance vis-à-vis des autres organes de l'Etat.
143. On pourrait ainsi envisager que la Cour soit seule compétente pour exercer le contrôle financier sur les organes et entités susceptibles de lui être soumis (à l'exception du Conseil d'Etat qui resterait de la compétence du seul Grand Conseil); qu'elle communique son rapport au Grand Conseil, via la Commission des finances; que celui-ci endosse politiquement, le cas échéant, grâce à une modification de la législation, les recommandations que la Cour pourrait adresser aux organes et entités en cause; et que le Grand Conseil puisse saisir la Cour des comptes des situations qu'il souhaiterait voir examiner en priorité.
144. Bien entendu, le Grand Conseil devrait conserver tous ses pouvoirs en matière d'enquête parlementaire puisque celle ne vise que des cas graves.

#### **b) Le Conseil d'Etat et la nouvelle Cour des comptes**

145. Si la question des rapports entre le Grand Conseil et la Cour des comptes concerne les rapports entre une haute surveillance et un contrôle des finances par un organe de même rang spécialisé hors hiérarchie, la question des rapports entre le Conseil d'Etat et la Cour des comptes concerne les rapports de compétence entre la surveillance interne ou pouvoir hiérarchique assurée par un organe constitutionnel et une surveillance externe exercée par un organe constitutionnel spécialisé hors hiérarchie.
146. Il convient d'emblée de faire remarquer que la Cour des comptes n'exercerait aucun pouvoir de contrôle sur le Conseil d'Etat en tant que tel mais uniquement sur la gestion financière de l'administration qui en dépend.

#### **i) le Conseil d'Etat**

147. Selon l'article 101 Cst/GE, le Conseil d'Etat est détenteur du pouvoir exécutif du canton et est responsable de l'administration générale de ce dernier.
148. En outre, selon l'article 122 Cst/GE, il surveille et dirige les autorités inférieures.
149. Ces deux dispositions indiquent clairement que le Conseil d'Etat est le supérieur hiérarchique de l'administration, qu'il exerce sur celle-ci une surveillance et un contrôle interne direct et qu'il a un pouvoir analogue envers « les autorités inférieures » par quoi on doit entendre les entités décentralisées, à notre sens, y compris les communes (sous réserve de leur autonomie).
150. Même si, selon l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (devenu article 4 dans la nouvelle LSGAF), le Conseil d'Etat a été déchargé de la surveillance administrative et financière « de l'Etat, des institutions cantonales de droit public et des organismes privés dépendant de l'Etat » ( par quoi il faut entendre toutes les entités rappelées au paragraphe 114 à l'exception des communes qui ne sont pas considérées comme des « institutions cantonales de droit public ainsi qu'il résulte de l'article 3 du projet de loi sur la Cour des comptes) au bénéfice de l'Inspection cantonale des finances, il n'en reste pas moins que, selon l'article 9 alinéa 2 LSGAF (devenu article 23 de la nouvelle LSGAF), le Conseil

d'Etat peut procéder lui-même - ou par l'intermédiaire de contrôleurs internes - à des contrôles dans les domaines relevant de l'Inspection cantonale des finances ou faire procéder à des contrôles relevant normalement de l'Inspection cantonale des finances par des mandataires privés spécialisés voire par d'autres services de l'Etat.

151. Aucune disposition ne précise la procédure à suivre, les moyens d'investigation et les compétences du Conseil d'Etat.
152. On pourrait certes considérer que, puisqu'il se substitue à elle, le Conseil d'Etat suit la même procédure, utilise les mêmes moyens d'investigation et dispose des mêmes compétences que l'Inspection cantonale des finances conformément à la LSGAF.
153. Il conviendrait cependant d'ajouter que, doté du pouvoir hiérarchique, le Conseil d'Etat pourrait, à la suite d'un de ses contrôles, prendre, à la différence de l'Inspection cantonale des finances, des décisions d'organisation, des décisions de nature disciplinaire et, le cas échéant, révoquer des décisions.

### *ii) la nouvelle Cour des comptes*

154. Le champ d'action de la Cour des comptes est identique à celui du Conseil d'Etat (article 5 LSGAF devenu article 11 de la nouvelle LSGAF) avec une addition : le Service du Grand Conseil (article 3 du projet de loi).
155. Ses pouvoirs d'investigation correspondent aux pouvoirs du Conseil d'Etat en matière financière, alors qu'elle n'a qu'un pouvoir de recommandation.
156. Un risque de conflit positif de compétences et de cumuls des contrôles entre ces deux organes de rang constitutionnel existe.

### *iii) conclusion*

157. Il y a lieu de poser des règles permettant de résoudre ces conflits potentiels dans la nouvelle loi sur la Cour des comptes.
158. La solution de l'article 9 alinéa 4 LSGF (devenu article 23 alinéa 2 de la nouvelle LSGAF) selon laquelle le Conseil d'Etat peut « dispenser l'Inspection des finances d'intervenir simultanément » lorsqu'il effectue un contrôle, sous réserve d'un droit de ladite Inspection de recevoir copie de son rapport, qui se justifie par le lien hiérarchique existant entre le Conseil d'Etat et l'Inspection cantonale des finances (article 11 alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF devenu article 5 alinéa 2 de la nouvelle LSGAF) ne peut pas, par définition, s'appliquer à la Cour des comptes.
159. En effet, celle-ci est un organe constitutionnel de même rang que le Conseil d'Etat. Il ne peut donc recevoir aucune instruction de sa part notamment quant à une limitation de son champ d'activité limité par lui.

160. Deux solutions seules paraissent pouvoir être envisagées :

- soit le Conseil d'Etat renonce à son pouvoir de procéder, de lui-même ou par l'intermédiaire de contrôleurs internes, à des contrôles financiers mais il ne saurait le faire sans perdre une part importante de son pouvoir hiérarchique de contrôle interne ;
- soit on admet que les organes de contrôle interne demeurent et effectuent un travail de contrôle quotidien de base, pour le compte du Conseil d'Etat tandis que la Cour des comptes agit comme un réviseur externe des comptes dont le rôle serait de vérifier que les contrôles internes sont exécutés normalement et avec exactitude, notamment que le respect des règles de la comptabilité et des principes de la légalité, de la régularité de la comptabilité ainsi que des principes de la proportionnalité de l'utilisation des moyens à disposition et de l'opportunité des dépenses est assuré.

161. La seconde solution est cohérente avec la distinction entre surveillance hiérarchique interne et surveillance externe assurée par un organe spécialisé hors hiérarchie. Elle correspond à la pratique du droit privé, notamment en matière bancaire, où le contrôle interne est complété par une révision externe plus générale.

#### **c) Le pouvoir judiciaire et la nouvelle Cour des comptes**

162. A vrai dire les champs d'action des tribunaux et de la Cour des comptes n'ont rien de commun : les tribunaux sont chargés de régler, par des jugements obligatoires, des litiges de droit privé de prononcer des jugements pénaux et de se prononcer sur la légalité des actes de l'administration touchant des tiers ; la Cour des comptes est chargée de se prononcer sur la gestion financière des deniers publics.

163. La seconde n'a aucune compétence concurrente avec celle des tribunaux. Elle n'intervient que comme organe de contrôle financier destiné à assurer que l'administration du pouvoir judiciaire respecte les règles de la gestion financière applicables à toute administration.

164. Il n'y a donc aucun risque de conflit ou de cumul de compétence.

165. La seule question que l'on peut se poser est celle de savoir si la Cour des comptes doit être assimilée à un Tribunal et si ses membres doivent être considérés comme des membres du pouvoir judiciaire.

166. Nous aurons l'occasion de nous prononcer à ce sujet par la suite.

#### **d) Les mandataires externes commis par le Grand Conseil ou le Conseil d'Etat et la Cour des comptes**

167. Selon l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (devenu article 23 alinéa 1<sup>er</sup> et 24 alinéa 1<sup>er</sup> de la nouvelle LSGAF), le Grand Conseil et le Conseil d'Etat peuvent confier à des tiers experts spécialisés des mandats de révision relevant des compétences de l'Inspection cantonale des finances.



168. Comme ces experts spécialisés agissent sur mandat de l'organe qui les commet, ils se trouvent dans la même situation que cet organe (l'article 14 LSGAF, devenu article 25 de la nouvelle LSGAF, leur ayant étendu le secret de fonction).

169. Leurs relations avec la Cour des comptes n'appellent donc aucune remarque supplémentaire.

170. Tout au plus peut-on souligner que comme les experts extérieurs ne peuvent intervenir que dans des domaines spécialisés, on peut penser que les risques de cumul ou de conflit avec la Cour des comptes devraient être facilement évités par une règle selon laquelle la Cour des comptes aurait l'initiative exclusive du recours à des experts extérieurs spécialisés.

**e) Les mandataires externes commis par d'autres organes ou entités et la Cour des comptes**

171. Selon l'article 9 alinéa 3 LSGAF (devenu article 26 alinéa 1<sup>er</sup> de la nouvelle LSGAF), les institutions cantonales de droit public (qui, formellement, ne comprennent pas les communes même si celles-ci doivent néanmoins s'inspirer de la LSGAF selon l'article 1<sup>er</sup> LSGAF - même numération dans la nouvelle LSGAF-) et les institutions privées dans lesquelles l'Etat possède une participation financière majoritaire ou une représentation majoritaire au sein des organes supérieurs de l'institution peuvent confier à des experts externes spécialisés des mandats de contrôle.

172. Ces expertises prennent la forme de rapports.

173. Il est clair que ces expertises, effectuées par des tiers pour le compte des entités en cause ont pour fin de procéder à un contrôle interne des comptes de l'entité en cause et font partie du pouvoir de contrôle interne de ses organes supérieurs.

174. Leur situation est donc identique à celle des mandataires externes désignés par le Conseil d'Etat ou le Grand Conseil.

175. On notera cependant que, au moins lorsque l'institution privée dans laquelle l'Etat possède une participation financière majoritaire ou une représentation majoritaire au sein des organes supérieurs de l'institution possède ses propres organes de contrôle interne et ses propres organes de révision, ceux-ci doivent continuer à exercer leurs fonctions.

176. En effet, les mandataires désignés dans le cadre de la LSGAF ont pour tâche de vérifier les comptes dans l'intérêt d'une utilisation des fonds publics conforme à la comptabilité publique et à l'intérêt public alors que les organes de révision du droit commun ont pour fonction de veiller à l'intérêt de la société privée (et à sa solvabilité) notamment aussi de ses actionnaires minoritaires privés.

177. Comme les buts de la révision de droit privé et celle du contrôle étatique ne sont pas identiques, il n'y a ni cumul des contrôles ni conflits de compétences positifs.

178. La position de la Cour des comptes vis-à-vis de ces mandataires externes effectuant un contrôle de nature interne n'est pas différente de celle qu'elle a en sa qualité de « réviseur externe » hors hiérarchie envers tous les organes de contrôle interne.

#### **f) L'Inspection cantonale des finances et la Cour des comptes**

179. Il est certain que la relation la plus difficile à cerner est celle qui existerait entre l'Inspection cantonale des finances et la Cour des comptes.
180. Nous allons donc procéder à une comparaison point par point de la LSGAF qui régit l'Inspection cantonale des finances et du projet de loi destiné à régir la Cour des comptes.

#### **i) le champ d'action**

##### *--- de l'Inspection cantonale des finances*

181. Selon l'article 4 LSGAF (devenu les articles 4 et 5 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances assure la surveillance de la gestion administrative et financière de l'Etat c'est-à-dire comme on l'a vu selon l'article 5 LSGAF (devenu article 11 de la nouvelle LSGAF) des départements, de la Chancellerie et de leurs services; du service du Grand Conseil; des services centraux et des greffes du Pouvoir judiciaire; des institutions cantonales de droit public; des institutions privées dans lesquelles l'Etat possède une participation financière majoritaire ou une représentation majoritaire au sein de leurs organes supérieurs; de tout organisme privé bénéficiant d'une subvention de l'Etat.

##### *--- de la nouvelle Cour des comptes*

182. Selon l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi, la Cour des comptes, celle-ci assure un contrôle des départements, de la Chancellerie et de leurs services; du service du Grand Conseil; des services centraux et des greffes du Pouvoir judiciaire; des institutions cantonales de droit public; des institutions privées dans lesquelles l'Etat possède une participation financière majoritaire ou une représentation majoritaire au sein de leurs organes supérieurs; de tout organisme privé bénéficiant d'une subvention de l'Etat; ainsi que des autorités communales, des services et des institutions qui en dépendent.

##### *--- comparaison*

183. A l'exception du contrôle sur les communes qui n'appartient qu'à la Cour des comptes, les champs d'action des deux organes sont identiques.

#### **ii) la position dans la structure étatique**

##### *--- de l'Inspection des finances*

184. Selon l'article 4 LSGAF (devenu article 5 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances est autonome et indépendante; elle est soumise uniquement à la loi mais elle dépend hiérarchiquement du Conseil d'Etat et du Grand Conseil qu'elle assiste



dans leur tâche de haute surveillance et à la disposition desquels elle est ; elle est rattachée administrativement au Département des finances.

---- *de la nouvelle Cour des comptes*

185. Selon les articles 4, alinéa 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> du projet de loi, la Cour des comptes est une instance autonome assurant un contrôle indépendant et autonome de certains organes autorisés et entités étatiques énumérées dans le projet.

---- *comparaison*

186. Il est évident que cette question est l'une de celles sur lesquelles les deux organes se distinguent le plus fondamentalement.
187. Cette différence de statut est, sans doute, la justification principale de la création de la Cour des comptes
188. Cependant, ceci n'empêche pas qu'il est nécessaire de poursuivre la comparaison pour déterminer comment la co-existence des deux organes qui présentent de grandes similitudes peut s'organiser.

*iii) les principes régissant l'activité*

---- *de l'Inspection des finances*

189. Selon l'article 4A de la LSGAF (devenu article 9 de la nouvelle LSGAF), les contrôles de l'Inspection cantonale des finances sont régis par les principes de la légalité, de la régularité, de la rentabilité (emploi économique des moyens à disposition, rapport adéquat entre le coût et l'utilité de la dépense, efficacité des dépenses par rapport à leur but) ainsi que les principes généraux de la révision et de l'audit tels qu'ils sont concrétisés à l'article 10 de la nouvelle LSGAF.

---- *de la nouvelle Cour des comptes*

190. Selon l'article 8 du projet de loi, les contrôles de la Cour des comptes sont régis par l'article 174A Cst/GE c'est-à-dire par la recherche d'une administration fonctionnelle, efficace et structurée de manière à éviter des lenteurs, des travaux faits à double et, d'une manière générale, des dépenses sans relation avec le résultat recherché en procédant à des audits généraux ou sectoriels pour vérifier la régularité des comptes, la légalité des activités et des opérations et le bon usage des moyens à disposition

---- *comparaison*

191. Il est clair et normal que les finalités et les principes de l'activité des deux organes sont strictement identiques.

*iv) les domaines d'intervention**---- de l'Inspection cantonale des finances*

192. Afin d'atteindre les objectifs que lui fixe l'article 6 de la nouvelle LSGAF, l'Inspection cantonale des finances dispose, selon l'article 6 LSGAF (devenu le nouvel article 12 LSGAF), notamment du pouvoir de réviser les comptes; de contrôler les valeurs du patrimoine et des inventaires; d'examiner les systèmes de contrôle interne; de coordonner les activités de révision exercées par des organes internes ou externes désignés; de contrôler la gestion; de procéder au suivi des décisions correctrices; de participer à l'élaboration des règles sur le contrôle, la révision, la comptabilité, le service des paiements et la tenue des inventaires

*---- de la nouvelle Cour des comptes*

193. Aucune disposition du projet de loi ne correspond à ces dispositions de la LSGAF.

*---- comparaison*

194. Il serait sans doute opportun, pour des motifs de légalité de l'action étatique, de préciser quels sont les domaines d'intervention de la Cour de comptes.

*v) les objectifs de l'activité**--- de l'Inspection cantonale des finances*

195. Selon l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (devenu l'article 13 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances vérifie, sur une base annuelle, la légalité de la comptabilité, du compte administratif et du bilan du canton; elle peut participer aux délibérations des organes compétents en matière financière.

196. Implicitement, elle procède, selon l'article 7 alinéas 1<sup>er</sup> et 2 LSGAF (devenus les articles 5 alinéa 6 et 14 de la nouvelle LSGAF), à des vérifications dans les services et entités soumis à son contrôle selon un programme établi par elle et « remis au Conseil d'Etat, à la Commission des finances et à la Commission de contrôle de gestion » du Grand Conseil.

197. Finalement, selon l'article 6A LSGAF (devenu l'article 20 alinéa 1<sup>er</sup> de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances a le pouvoir de recommander au Grand Conseil de se prononcer sur le sort des comptes annuels de l'Etat (approbation, approbation avec réserve ou renvoi au Grand Conseil).

*---- de la nouvelle Cour des comptes*

198. Selon l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi, la Cour des comptes assure un contrôle des organes soumis à sa surveillance quant à la légalité de leurs activités, la régularité des comptes et le bon emploi des moyens à disposition.

199. A lire l'article 8 du projet de loi ainsi que l'article 20 alinéa 2 de la nouvelle LSGAF, la Cour des comptes n'aurait aucun rôle quant à la révision des comptes annuels contrairement à la pratique française.
200. Elle ne ferait que des contrôles ponctuels (article 8, alinéa 1<sup>er</sup> du projet de loi).
201. La Cour des comptes n'aurait aucun pouvoir quant à la prise de position du Grand Conseil sur les comptes annuels de l'Etat.

---- *comparaison*

202. On constate ainsi que la Cour des comptes et l'Inspection des finances procèdent à des contrôles ponctuels alors que l'Inspection cantonale des finances est seule habilitée à donner un avis sur les comptes annuels après révision.
203. En outre, l'Inspection cantonale des finances doit, chaque année, établir un programme de ses interventions (sous réserve de mandats spéciaux émanant du Grand Conseil, de ses commissions ou du Conseil d'Etat) alors que la Cour des comptes n'a aucune obligation semblable et, dans le silence des textes on doit admettre qu'elle peut mais ne doit pas établir son programme d'activité annuel.
204. Bien entendu, la Cour ne pourrait pas soumettre de programme annuel dans la mesure où elle ne ferait que des interventions ponctuelles.
205. Enfin, il est frappant que l'organe de contrôle non-hiérarchique interne a un pouvoir plus grand dans ses relations avec le Grand Conseil que l'organe constitutionnel de contrôle externe qui lui est égal quant au sort des comptes annuels de l'Etat (cette situation est nettement différente de celle qui prévaut en droit privé).
206. Il serait peut-être judicieux de préciser tous ces points dans la loi sur la Cour des comptes.

*vi) la saisine*

---- *de l'Inspection cantonale des finances*

207. Selon l'article 7 alinéa 2 LSGAF (devenu l'article 14 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances agit d'office et sur mandat du Conseil d'Etat ou des Commissions des finances ou de contrôle de gestion du Grand Conseil.

---- *de la nouvelle Cour des comptes*

208. Selon l'article 2 du projet de loi, la Cour des comptes est saisie par toute « personne résidant dans le canton et par toute autorité constituée ».
209. Le projet de loi n'indique pas clairement si la Cour des comptes peut se saisir d'office (comme une Cour des comptes à la française) ou si cette possibilité est exclue.

210. On peut cependant supposer que la Cour des comptes pourrait se saisir d'office de tâches de contrôle et de révision. Ceci correspondrait aux intentions de ceux qui ont élaboré le projet de loi selon confirmation fournie par Madame le Sautier.

---- *comparaison*

211. Il est évident que, dans les deux hypothèses, les risques de conflits positifs de compétence et de cumul des contrôles entre l'Inspection cantonale des finances et la Cour des comptes sont majeurs.
212. Le risque est encore accru lorsque la Cour est saisie par une « personne résidante dans le canton » puisque la Cour ne saurait se dessaisir en faveur de l'Inspection cantonale des finances.
213. Il est dès lors indispensable que la loi sur la Cour des comptes précise si celle-ci n'intervient que ponctuellement sur dénonciation (un peu comme un tribunal) ou peut se saisir d'office et comment les conflits de compétences entre elle et l'Inspection cantonale des finances sont réglés et les interventions coordonnées.
214. On remarquera à ce propos que selon l'article 9 alinéa 4 LSGAF (devenu l'article 23 alinéa 2 de la nouvelle LSGAF), le Conseil d'Etat peut dispenser l'Inspection cantonale des finances d'intervenir lorsqu'il y a investigation d'une commission du Grand Conseil, de lui-même ou d'un mandataire privé.
215. Parallèlement, la Cour des comptes peut, selon l'article 2 alinéa 2 du projet de loi classer une demande d'intervention n'émanant pas du Grand Conseil ou d'une de ses Commissions.

*vii) les moyens d'enquête*

---- *de l'Inspection cantonale des finances*

216. Selon l'article 7 alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (qui n'a pas d'équivalent dans la nouvelle LSGAF l'article 15 de celle-ci imposant simplement aux entités contrôlées de pleinement collaborer sous la seule réserve des secrets protégés par la législation fédérale), l'Inspection cantonale des finances a tout pouvoir d'investigation.

---- *de la nouvelle Cour des comptes*

217. Selon l'article 7 du projet de loi, la Cour des comptes dispose, on l'a vu, de tous les moyens nécessaires pour établir les faits en requérant la production des documents utiles, en procédant à des auditions, en faisant procéder à des expertises ; la question du secret est réglée de manière spécifique : secret professionnel : garanti ; secret de fonction : levé d'avance de par la loi ; autres secrets (lesquels ?) : peuvent être levés par la Cour si l'intérêt à l'établissement des faits est prépondérant.

--- *comparaison*

218. Il est vraisemblable que définir les moyens d'enquête par une obligation générale de collaborer et les énumérer revient dans les faits au même résultat, même si la mise en oeuvre d'une obligation légale pose moins de difficultés théoriques que la nécessité de devoir à chaque fois mettre en oeuvre cette obligation implicite.
219. Il serait aussi peut-être judicieux de prévoir que la Cour dispose aussi du droit de se transporter dans les locaux abritant les services qu'elle contrôle et peut entendre des témoins extérieurs à l'entité contrôlée.

*viii) les rapports*

--- *de l'Inspection cantonale des finances*

220. Selon l'article 6 alinéa 2 LSGAF (devenu l'article 20 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances fait rapport au Grand Conseil sur ses conclusions sur la révision des comptes annuels et lui fait une recommandation quant à l'approbation des comptes selon l'article 2 lettre i) LRGC.
221. En outre, selon l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (devenu l'article 18, alinéa 1<sup>er</sup> de la nouvelle LSGAF), elle établit des rapports relatifs à chacune de ses interventions. Ces rapports ne sont pas publics et font l'objet d'une distribution limitée à des personnes elles-mêmes soumises au secret de fonction (article 8 LSGAF devenue l'article 18 de la nouvelle LSGAF). Si ces destinataires du rapport veulent le publier en tout ou en partie, ils peuvent le faire en leur nom et en respectant l'anonymat des personnes en cause.
222. Enfin, selon l'article 13 LSGAF (devenu l'article 19 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances établit un rapport annuel de ses activités. Ce rapport indique notamment les conclusions générales sur les constatations faites, les irrégularités constatées et les mesures correctives prises ou à prendre.

--- *de la nouvelle Cour des comptes*

223. Selon l'article 8 alinéa 2 du projet de loi, la Cour des comptes établit des rapports sur chacune de ses interventions. Ces rapports sont publiés selon l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> du projet de loi.
224. Deux garanties sont prévues envers les personnes en cause. Premièrement – encore que cette interprétation de l'article 9 alinéa 4 du projet de loi ne soit pas certaine en raison de sa rédaction –, par une sorte d'autocensure, le rapport publié ne devrait contenir que des informations à la publication desquelles ne s'opposent aucun intérêt public ou privé prépondérant. Secondement, le rapport publié doit contenir les observations de l'entité contrôlée sur le projet de rapport qui lui a été, préalablement, soumis (article 8 alinéa 3 du projet de loi).
225. Selon l'article 9 alinéa 3, elle établit un rapport annuel sur son activité indiquant notamment la suite donnée à ses rapports d'intervention y compris l'absence de suite.

*--- comparaison*

226. Il paraît normal que la publicité des rapports soit différente lorsqu'ils ont été établis par un contrôleur interne tel que l'Inspection cantonale des finances et lorsqu'ils sont le fait d'un contrôleur externe tel que la Cour des comptes.
227. Peut-être serait-il néanmoins judicieux que les garanties de confidentialité et de protection de la personnalité soient quelque peu précisées dans la loi sur la Cour des comptes.

*ix) les moyens d'action après le contrôle**--- de l'Inspection cantonale des finances*

228. Selon l'article 4A alinéa 1<sup>er</sup> LSGAF (devenu l'article 17 de la nouvelle LSGAF), l'Inspection cantonale des finances signale aussitôt au Conseil d'Etat les anomalies ou manquements fondamentaux ou importants pour que celui-ci prenne les mesures qui s'imposent.
229. Selon l'article 8A LSGAF (devenu l'article 22 de la nouvelle LSGAF), les mesures correctives relatives à la tenue des comptes (régularité de ceux-ci) et à l'adéquation de l'inspection interne sont obligatoires pour l'entité contrôlée.
230. Un délai de mise en œuvre est fixé par l'Inspection cantonale des finances après entente avec l'autorité hiérarchique supérieure de l'entité contrôlée (mêmes articles).

*--- de la nouvelle Cour des comptes*

231. Selon l'article 9, alinéa 2 du projet de loi, dans ses rapports ponctuels, la Cour des comptes « fixe des délais à l'entité contrôlée » alors même que ses rapports ne peuvent contenir que des « observations », des « conclusions » et des « enseignements ».
232. En outre, la Cour des comptes dénonce au procureur les faits lui paraissant constituer une infraction de nature pénale et à l'autorité compétente les faits lui paraissant constituer des faits de nature à appeler une mesure disciplinaire (article 10 du projet de loi).
233. Curieusement, la Cour des comptes n'a pas l'obligation de saisir le Conseil d'Etat lorsqu'elle constate des anomalies ou des manquements graves, sauf en cas de situations pouvant donner lieu à sanction disciplinaire.

*--- comparaison*

234. Ici encore la différence de nature entre les deux organes de contrôle non-soumis au pouvoir hiérarchique (interne à l'autorité et externe à celle-ci) justifie la différence quant aux moyens de mettre en œuvre les moyens de corriger les déficiences constatées ainsi que le fait que le procureur général ne puisse être saisi que par l'organe de contrôle externe. En revanche, il serait sans doute judicieux de prévoir que la Cour des comptes



puisse saisir le Conseil d'Etat formellement lorsqu'elle constate des dysfonctionnements dans les services de l'Etat, même lorsqu'une mesure disciplinaire n'est pas envisageable.

**x) Conclusions de la comparaison de l'Inspection cantonale des finances et de la Cour des comptes**

235. En faisant abstraction des différences dans la structure des deux organes et du fait que le projet de loi sur la Cour des comptes est beaucoup plus sommaire que les dispositions de la LSGAF consacrées à l'Inspection cantonale des finances, on peut conclure de la comparaison entre les deux organes :

- *Quant à leurs champs d'action* : à l'exception du contrôle sur les communes qui n'appartient qu'à la Cour des comptes, les champs d'action des deux organes sont identiques ;
- *Quant à leur position dans la structure étatique* : il est évident que cette question est l'une de celles sur laquelle les deux organes se distinguent le plus fondamentalement ;
- *Quant aux principes régissant leur activité* : il est clair et normal que les principes de l'activité des deux organes sont strictement identiques ;
- *Quant à leurs domaines d'intervention* : il serait sans doute opportun, pour des motifs de légalité de l'action étatique, de préciser quels sont les domaines d'intervention de la Cour de comptes ;
- *Quant aux objectifs de leur activité* : il serait sans doute judicieux de préciser dans la loi sur la Cour des comptes que, contrairement à l'Inspection cantonale des finances, celle-ci ne peut procéder qu'à des contrôles ponctuels ; qu'elle n'a aucune obligation d'établir un programme d'activité annuel et n'a aucune obligation de le soumettre à une autre instance ou organe, si elle en établit un (de plus l'absence d'obligation d'établir un programme annuel est liée à la question de sa saisine) ; la question de savoir qui est compétent pour faire une recommandation au Grand Conseil quant au sort des comptes annuels de l'Etat est tranchée en faveur de l'Inspection cantonale des finances puisque la Cour des comptes ne fait pas de contrôle général ;
- *Quant à leur saisine* : il est indispensable que la loi sur la Cour des comptes précise si celle-ci n'intervient que ponctuellement sur dénonciation (un peu comme un tribunal) ou peut se saisir d'office et comment les conflits de compétences entre elle et l'Inspection cantonale des finances sont réglés et les interventions coordonnées ;
- *Quant à leurs moyens d'enquête* : il serait peut-être judicieux de prévoir que la Cour des comptes dispose aussi du droit de se transporter dans les locaux abritant les services qu'elle contrôle et peut entendre des témoins extérieurs à l'entité contrôlée ;
- *Quant à leurs rapports* : s'il paraît normal que la publicité des rapports soit différente lorsqu'ils ont été établis par un contrôleur interne tel que l'Inspection cantonale des finances et lorsqu'ils sont le fait d'un contrôleur externe telle que la Cour des comptes, il serait néanmoins judicieux que les garanties de confidentialité et de protection de la personnalité soient quelque peu précisées dans la loi sur la Cour des comptes.
- *Quant à leurs moyens d'action après le contrôle* : la différence de nature entre les deux organes de contrôle (interne et externe) justifie la différence quant aux moyens de mettre en œuvre les moyens de corriger les déficiences constatées

(mesures correctives, intervention disciplinaire) ainsi que le fait que le procureur général ne puisse être saisi que par l'organe de contrôle externe

### **g) Conclusion**

236. En conclusion, la comparaison des rôles des divers organes et personnes chargées de réviser les comptes et de veiller à une bonne application de la LGAF montre très clairement qu'une loi sur la Cour des comptes prévoit avec précision son rôle, ses activités et ses pouvoirs pour éviter les doubles emplois et les conflits de compétences positifs.

### **D. La saisine de la nouvelle Cour des comptes**

237. Sous le titre « information », l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> du projet de loi sur la Cour des comptes prévoit que toute personne résidant dans le canton et toute autorité constituée peuvent s'adresser à la Cour des comptes.

238. L'article 2 alinéa 2 dudit projet de loi donne la précision que si l'autorité constituée est le Grand Conseil ou l'une de ses commissions, la Cour des comptes doit motiver son refus d'entrer en matière.

239. Ces règles posent plusieurs questions : qu'est-ce qu'une « information » ? Qu'est-ce qu'une personne résidente ? La personne qui saisit la Cour des comptes doit-elle justifier d'un intérêt ? Une « information » doit-elle être soumise à des conditions de forme ou de temps ? Qu'est-ce qu'une « autorité constituée » ? Le Grand Conseil qui, selon la LRGC et la LSGAF, peut procéder à des enquêtes directement par l'intermédiaire de la Commission des finances, peut confier un mandat à l'Inspection cantonale des finances voire à des experts privés et le Conseil d'Etat qui a, selon la LSGAF, les mêmes possibilités doivent-ils être libres de leur choix ?

### **a) la nature de l'« information »**

240. En l'espèce, l'« information » n'est pas une requête tendant à l'obtention d'une décision puisque la Cour des comptes ne rend pas de décision.

241. Elle n'est pas non plus un recours puisqu'elle ne met pas en question la validité d'une décision affectant le requérant.

242. L'« information » pourrait être considérée comme une plainte dans la mesure où elle est adressée à une autorité de surveillance.

243. Mais une plainte suppose que le plaignant ait été lésé par un acte de l'autorité soumise à la surveillance de l'autorité de plainte/surveillance.

244. Dès lors, l'« information » telle que celle envisagée par le projet de loi c'est-à-dire comme une sorte d'action populaire ouverte à tous est en réalité une « dénonciation » de faits à une autorité.

245. En effet, une dénonciation tend à demander à l'autorité saisie de procéder à une enquête puis à se prononcer sur la réalité des faits et à en tirer les conséquences juridiques prévues par la loi.



**b) une personne résidant dans le canton ?**

246. La question se pose de savoir ce qu'il convient d'entendre par « personne résidant dans le canton ».
247. Il est clair que le projet de loi vise par ces termes les personnes physiques habitant le canton à l'exclusion des personnes de passage ou travaillant dans le canton sans y être résidente ou domiciliée y compris les frontaliers même si ceux-ci sont aussi contribuables dans le canton.
248. En revanche, il n'est pas clair si les personnes morales ayant leur siège ou qui sont simplement domiciliées dans le canton ont la qualité pour « informer » la Cour des comptes.
249. Il serait sans doute judicieux que le projet de loi se prononce sur cette question.
250. En effet, tel qu'il est rédigé et en faisant référence à la seule « résidence », il pourrait exclure les personnes morales de la « qualité pour informer ».

**c) un intérêt du dénonciateur/plaignant ?**

251. On a vu que l'« information » est une dénonciation ouverte à toute personne même si celle-ci n'a aucun intérêt à l'enquête.
252. Une telle ouverture comporte des risques d'abus évidents.
253. Il conviendra, dès lors, de mettre en place des dispositions qui permettent d'éviter des dénonciations abusives et dépourvues de tout fondement.

**d) des conditions de forme ou de temps ?**

254. Les requêtes aux autorités, les recours devant les tribunaux, les plaintes aux autorités de surveillance doivent tous être motivés au moins sommairement et brièvement.
255. Il serait sans doute nécessaire pour éviter les « informations » abusives ou malveillantes que le dénonciateur motive ne serait-ce que sommairement son « information ». Ceci permettrait à la Cour des comptes d'apprécier l'urgence, l'objet et la vraisemblance du cas puis de prendre une décision quant à la suite qu'elle veut lui donner.
256. De même, les recours et les plaintes sont soumises à des conditions de prescription et de péremption ne serait-ce qu'en raison de la difficulté d'établir les faits après un long délai.
257. Il serait sans doute utile de prévoir un délai de péremption pour la recevabilité des « informations » dont la Cour des comptes serait saisie.

**e) Une « autorité constituée » ?**

258. L'article 2 alinéa 2 du projet de loi implique que le Grand Conseil et ses Commissions sont des « autorités constituées ».
259. Au-delà, on doit sans doute entendre que les « autorités constituées » sont les administrations et les organes des entités susceptibles d'être soumises au contrôle de la Cour des comptes telles qu'elles sont énumérées à l'article 3 du projet de loi.
260. Il serait bien entendu que les bénéficiaires de subventions ne pourraient demander un contrôle de la Cour des comptes que dans la mesure où celui-ci porterait sur la comptabilité et l'utilisation de la subvention et que les institutions privées dans lesquelles l'Etat est majoritaire devraient tenir compte de l'intervention prioritaire des organes de révision de droit privé.

**f) le libre choix du Conseil d'Etat et du Grand Conseil**

261. Selon la LRGC et la LSGAF, le Grand Conseil peut faire contrôler les entités soumises à sa haute surveillance en donnant mandat à l'Inspection cantonale des finances, en désignant un mandataire privé en agissant directement par sa Commission des finances. Selon le projet de loi sur la Cour des comptes, il peut « informer » celle-ci en faisant une démarche auprès d'elle.
262. Selon la LSGAF, le Conseil d'Etat peut faire contrôler les entités et services soumis à sa surveillance en donnant mandat à l'Inspection cantonale des finances, en désignant un mandataire privé, en agissant directement, en chargeant un service de cette tâche. Selon le projet de loi sur la Cour des comptes, il peut « informer » celle-ci en s'adressant à elle.
263. Aucun de ces textes ne fixe une priorité dans ces choix.
264. Si l'on voulait donner une crédibilité accrue à la Cour des comptes, il serait nécessaire de prévoir dans la loi sur la Cour des comptes, les cas dans lesquels elle serait saisie en priorité par les deux autres organes constitutionnels du canton.

**g) Conclusion**

265. En conclusion, il serait sans doute utile que le projet de loi sur la Cour des comptes clarifie les points qui viennent d'être soulevés quant à la manière dont elle peut être mise en œuvre.

***E. La nature juridique de la Cour des comptes***

266. Les réponses aux questions que nous devons encore examiner dépendent largement de la nature juridique de la Cour des comptes.
267. Nous savons déjà qu'elle est un organe constitutionnel du canton de Genève et qu'en tant que tel elle doit être indépendante des autres organes de l'Etat et être dotée de l'autonomie la plus large.

268. Cela étant, les Etats modernes distinguent, du point de vue juridique trois activités gérées par trois pouvoirs ou organes distincts : le législatif qui, principalement, adopte les lois ; l'exécutif qui, principalement, les met en œuvre par des décisions administratives ; le judiciaire qui, principalement, résout des litiges, prononce des peines ou se détermine sur des recours par des jugements.
269. La Cour des comptes, quant à elle, contrôle la légalité et la régularité des comptes de recettes et de dépenses et vérifie que les moyens à disposition sont employés de « bonne » manière ; elle établit les faits et recommande, le cas échéant, aux autorités, organes ou entités contrôlés des mesures correctrices pour l'avenir dans le cadre de rapports d'intervention.
270. Si elle se prononce sur la légalité et la régularité des comptes, elle n'a aucun pouvoir de modifier ou de supprimer les faits qu'elle constate. Tout ce que l'article 9 alinéa 2 du projet lui permet de faire est de consigner dans son rapport « ses observations, les conclusions de ses investigations et les enseignements qui peuvent en être tirés ».
271. De plus, faute de pouvoir hiérarchique, elle ne peut pas donner d'injonction aux entités et aux personnes dont elle constate les manquements : elle peut néanmoins fixer des délais aux entités pour qu'elles tirent lesdits « enseignements » tout en leur laissant une certaine marge d'appréciation quant à la manière dont elles le feront. Quant aux personnes défaillantes, les seules possibilités d'intervention dont la Cour des comptes dispose est la dénonciation aux autorités pénales et disciplinaires compétentes
272. Ainsi, la nature des activités envisagées pour la Cour de comptes n'a aucun caractère juridictionnel et ne comporte aucune compétence analogue à celle des tribunaux.
273. Partant, une assimilation entre les deux types d'organes et les membres de ceux-ci ne se justifie guère.
274. L'activité de la Cour des comptes se rapprocherait d'avantage de celle d'une autorité indépendante ou de l'exécutif, dans la mesure où elle concerne l'administration et met en œuvre des principes de nature administrative tels qu'ils sont prévus dans la LGAF. Mais l'absence de pouvoir de décision et l'absence de pouvoir hiérarchique montre la différence fondamentale entre la Cour des comptes et le Conseil d'Etat.
275. Partant, une assimilation entre les deux types d'organes et les membres de ceux-ci ne se justifie guère.
276. Dès lors, la Cour des comptes doit être considérée comme un organe constitutionnel d'un type particulier en ce sens qu'elle scrute le passé non pour le rectifier mais pour que l'avenir ne lui ressemble pas.
277. Elle est semblable à un organe de révision externe du droit des sociétés et relève du droit administratif de la surveillance interne hors hiérarchie.
278. A certains égards on pourrait la considérer comme une commission d'enquête administrative permanente se prononçant sur des cas spécifiques.

### *F. La procédure devant la nouvelle Cour des comptes*

279. Il va de soi que les activités de toute autorité doivent être régies par des règles de procédure définissant la manière dont l'autorité doit se comporter.
280. Le principe de la légalité qui est fondamental dans l'Etat de droit et est inscrit à l'article 5 de la constitution du 18 avril 1999 exige que la loi précise quelle procédure la Cour des comptes devra appliquer lors de ses enquêtes.
281. Faute d'être une juridiction, deux solutions sont concevables : une procédure propre à la Cour ou une application de la LPA.
282. Mettre en place une procédure spéciale est une démarche compliquée qui ne se justifie que si aucune autre solution n'est raisonnablement possible.
283. Nous venons de voir que la Cour des comptes a des activités qui relèvent du droit administratif de la surveillance hors hiérarchie.
284. Partant, la solution consistant à ce que les activités de la Cour des comptes soient régies par la LPA paraît s'imposer.
285. Mais la LPA ne peut pas s'appliquer en tant que telle puisque, selon son article 1<sup>er</sup>, elle contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités.
286. Or la Cour des comptes ne prend aucune décision autre que des décisions de procédure et une décision de classement des « informations » manifestement dépourvues de fondement.
287. Il n'en reste pas moins que ces décisions sont des décisions incidentes de procédure au sens de l'article 4 alinéa 2 LPA et doivent être prises en respectant certaines règles.
288. Partant, il serait opportun de prévoir que la procédure devant la Cour des comptes est régie par la LPA par analogie.
289. Cette application analogique permettrait de régler notamment les problèmes des cas de récusation (article 15 LPA) et de l'entraide administrative (article 25 LPA) ; elle impliquerait que l'« informateur » ne serait pas partie à la procédure puisque l'article 7 alinéa 1<sup>er</sup> LPA prévoit que seules « les personnes dont les droits et obligations peuvent être directement touchés par la décision à prendre » sont parties à une procédure non-contentieuse, ce que la procédure devant la Cour des comptes est manifestement.
290. Enfin, cette solution correspond à l'idée des auteurs du projet original de Cour des comptes (para 8 ci-dessus) et est celle retenue pour les enquêtes parlementaires (paragraphe 125 ci-dessus).

### *G. Les remèdes contre les illégalités commises par la nouvelle Cour des comptes*

291. L'application analogique de la LPA implique que les décisions de procédure, en tant que décisions incidentes, ne peuvent pas être l'objet d'un recours puisque, par définition,

le « recours n'est pas ouvert contre la décision finale » faute de décision finale (article 59 lettre a) LPA)<sup>6</sup>.

292. Si l'on voulait ouvrir un recours contre les décisions de procédure de la Cour des comptes, il faudrait le prévoir expressément.
293. On ne saurait cependant oublier que la qualité pour recourir ne serait acquise que par ceux qui seraient touchés directement par la décision contestée et auraient un intérêt prépondérant à ce qu'elle soit abrogée ou modifiée.
294. Il va de soi que les actes illicites de la Cour des comptes engageraient la responsabilité de l'Etat si les conditions de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 14 février 1989 étaient satisfaites. En effet, les membres de la Cour des comptes seraient des magistrats au sens de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi au même titre que les juges ou les Conseillers d'Etat.

#### *H. De quelques problèmes administratifs posés par la nouvelle Cour des comptes*

295. Enfin, il paraît opportun que la loi sur la Cour des comptes se prononce sur un certain nombre de questions administratives afin d'en assurer l'indépendance et l'autonomie:
- ① La Cour des comptes devrait pouvoir présenter son propre budget directement au Grand Conseil ; elle n'est, en effet, ni une partie du pouvoir judiciaire ni une partie du pouvoir exécutif ; on pourrait à cet égard s'inspirer du régime applicable au Grand Conseil lui-même selon l'article 40 alinéa 2 LRGC : budget annuel établi par la Cour des comptes, intégré dans le budget de l'Etat, soumis à la Commission de finances et voté par le Grand Conseil (selon l'article 75A, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, le budget du pouvoir judiciaire est établi par la commission de gestion puis soumis au Conseil d'Etat qui peut le modifier, mais en l'indiquant, avant de saisir le Grand Conseil) ;
  - ② La Cour des comptes devrait pouvoir choisir son greffier et son personnel elle-même dans les limites de son budget ; on pourrait à cet égard s'inspirer du régime applicable au Grand Conseil lui-même selon l'article 40 alinéa 1<sup>er</sup> LRGC : personnel rattaché hiérarchiquement à la Cour des comptes, géré par l'Office du personnel de l'Etat sur délégation de la Cour, soumis aux mêmes législations sur l'emploi que le personnel de l'Etat, nommé formellement par le Conseil d'Etat (voir une solution analogue pour le personnel du pouvoir judiciaire selon l'article 75A alinéa 2 LOJ) ;
  - ③ Le statut des membres de la Cour des comptes eux-mêmes devrait être précisé au-delà de ce que prévoient les articles 4 et 5 du projet de loi, notamment en ce qui concerne les limites d'âge, les incompatibilités (notamment avec les fonctions au sein des entités contrôlées et les mandats de contrôle privé externes), les cas de récusations (à défaut de l'application analogique de la LPA) et la question des suppléants en cas de récusation ; en revanche, les conditions matérielles de rémunération et de pensions pourraient être analogues à celles des magistrats judiciaires ;

<sup>6</sup> Une décision de classement est une décision finale puisqu'elle met fin à une procédure ; mais l'« informateur » n'est ni une partie à la procédure ni n'a qualité pour recourir faute d'être lésé personnellement par le classement.



- ① Enfin, la loi sur la Cour des comptes devrait se prononcer sur un éventuel pouvoir de haute surveillance sur le fonctionnement de la Cour (le pouvoir judiciaire n'est pas sujet à une telle haute surveillance hormis celle du Conseil supérieur de la magistrature alors que le Conseil d'Etat l'est selon l'article 80 Cst/GE).

#### IV. Conclusions générales

296. Il s'impose de résumer le présent avis de droit et de formuler quelques conclusions.
297. **Sur la question de la constitutionnalité de la Cour des comptes** : la constitution genevoise devrait se prononcer au minimum sur le principe de l'élection des membres de la Cour des comptes par le Conseil général ; le mode de leur élection (majoritaire ou proportionnel) ; les règles sur le remplacement en cas de vacance ; la durée du mandat ; la rééligibilité (exclue, limitée dans le temps ou illimitée) ; le nombre des membres de la Cour ; l'autonomie et l'indépendance de la Cour et le principe de la haute surveillance du Grand Conseil auquel la Cour doit adresser un rapport de gestion.
298. **Sur la question des relations avec les « inspections du Grand Conseil »** : On pourrait envisager que la Cour soit seule compétente, lorsqu'elle a été saisie, pour exercer le contrôle financier sur les organes et entités susceptibles de lui être soumis (à l'exception du Conseil d'Etat qui resterait de la compétence du seul Grand Conseil) ; qu'elle communique son rapport au Grand Conseil, via la Commission des finances ; que celui-ci endosse politiquement, le cas échéant, grâce à une modification de la législation, les recommandations que la Cour pourrait adresser aux organes et entités en cause ; et que le Grand Conseil puisse saisir la Cour des comptes des situations qu'il souhaiterait voir examiner en priorité (principe de la litispendance).
299. **Sur la question des relations avec les « inspections du Conseil d'Etat » ou commanditées par lui** : ces inspections « internes » demeurent et effectuent un travail de contrôle quotidien de base tandis que la Cour des comptes agit comme un réviseur externe des comptes dont le rôle serait de vérifier que les contrôles internes sont exécutés normalement et avec exactitude, notamment que le respect des règles de la comptabilité et des principes de la légalité, de la régularité de la comptabilité ainsi que des principes de la proportionnalité de l'utilisation des moyens à disposition et de l'opportunité des dépenses est assuré.
300. **Sur la question des relations avec l'Inspection cantonale des finances** : il y a lieu de relever que l'Inspection des finances est un organe constitutionnel supérieur à l'Inspection cantonale des finances et doit donc bénéficier du principe de la litispendance lorsqu'elle a été saisie ; pour le surplus, on retiendra que *quant à leurs champs d'action* : à l'exception du contrôle sur les communes qui n'appartient qu'à la Cour des comptes, les champs d'action des deux organes sont et doivent être identiques ; *quant aux principes régissant leur activité* : il est clair et normal que les principes de l'activité des deux organes sont et doivent être strictement identiques ; *quant à leurs domaines d'intervention* : il serait sans doute opportun, pour des motifs de légalité de l'action étatique, de préciser quels sont les domaines d'intervention de la Cour de comptes ; *quant aux objectifs de leur activité* : il serait sans doute judicieux de préciser dans la loi sur la Cour des comptes que, contrairement à l'Inspection cantonale des finances, celle-ci ne peut procéder qu'à des contrôles ponctuels ; qu'elle n'a aucune obligation d'établir un programme d'activité annuel et n'a aucune obligation de le soumettre à une autre instance

ou organe, si elle en établit un (de plus l'absence d'obligation d'établir un programme annuel est liée à la question de sa saisine) ; la question de savoir qui est compétent pour faire une recommandation au Grand Conseil quant au sort des comptes annuels de l'Etat est tranchée en faveur de l'Inspection cantonale des finances puisque la Cour des comptes ne fait pas de contrôle général ; *quant à leur saisine* : il est indispensable que la loi sur la Cour des comptes précise si celle-ci n'intervient que ponctuellement sur dénonciation (un peu comme un tribunal) ou peut se saisir d'office et comment les conflits de compétences entre elle et l'Inspection cantonale des finances sont réglés et les interventions coordonnées (principe de la priorité à la Cour des comptes en raison de son statut ; *quant à leurs moyens d'enquête* : il serait peut-être judicieux de prévoir que la Cour des comptes dispose aussi du droit de se transporter dans les locaux abritant les services qu'elle contrôle et peut entendre des témoins extérieurs à l'entité contrôlée ; *quant à leurs rapports* : s'il paraît normal que la publicité des rapports soit différente lorsqu'ils ont été établis par un contrôleur interne tel que l'Inspection cantonale des finances et lorsqu'ils sont le fait d'un contrôleur externe telle que la Cour des comptes, il serait néanmoins judicieux que les garanties de confidentialité et de protection de la personnalité soient quelque peu précisées dans la loi sur la Cour des comptes ; *quant à leurs moyens d'action après le contrôle* : la différence de nature entre les deux organes de contrôle (interne et externe) justifie la différence quant aux moyens de mettre en œuvre les moyens de corriger les déficiences constatées (mesures correctives, intervention disciplinaire) ainsi que le fait que le procureur général ne puisse être saisi que par l'organe de contrôle externe ; il serait néanmoins judicieux que la Cour des comptes puisse saisir le Conseil d'Etat, lorsqu'elle constate des manques ou des anomalies graves en plus de la saisine à des fins de mesure disciplinaire.

301. **Sur la saisine de la Cour des comptes** : Il serait sans doute judicieux que le projet de loi se prononce sur la question de savoir si les personnes morales ayant leur siège ou qui sont simplement domiciliées dans le canton ont aussi la qualité pour « informer » la Cour des comptes ; sur la nécessité de motiver l'« information » saisine de la Cour des comptes et sur un éventuel délai de péremption.
302. **Sur la procédure applicable** : il serait opportun de prévoir que la procédure devant la Cour des comptes est régie par la LPA par analogie.
303. **Sur les remèdes aux illégalités commises par la Cour des comptes** : un recours contre les décisions de procédure pourrait être expressément prévu ; au surplus, les actes illicites de la Cour des comptes engageraient la responsabilité de l'Etat si les conditions de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 14 février 1989 étaient satisfaites.
304. **Sur le budget de la Cour des comptes et sur ses comptes** : La Cour des comptes devrait pouvoir présenter son propre budget directement au Grand Conseil et lui remettre ses comptes pour approbation.
305. **Sur la nomination et la gestion du personnel de la Cour des comptes** : La Cour des comptes devrait pouvoir choisir son greffier et son personnel elle-même dans les limites de son budget ; ce personnel serait rattaché hiérarchiquement à la Cour des comptes, géré par l'Office du personnel de l'Etat sur délégation de la Cour, soumis aux mêmes législations sur l'emploi que le personnel de l'Etat, nommé formellement par le Conseil d'Etat.



306. **Sur les conditions de service des membres de la Cour des comptes** : ces conditions, notamment les limites d'âge, les incompatibilités (en particulier avec les fonctions au sein des entités contrôlées et les mandats de contrôle privé externes), les cas de récusations (à défaut de l'application analogique de la LPA) et la question des suppléants en cas de récusation devraient être prévus dans la loi ; en revanche, les conditions matérielles de rémunération et de pensions pourraient être analogues à celles des magistrats judiciaires.
307. **Sur la surveillance de la Cour des comptes** : la loi pourrait prévoir une haute surveillance du Grand Conseil intervenant en cas de défaillance dans le fonctionnement de la Cour des comptes.

Vésenaz, le 29 septembre 2011



Blaise Knapp  
Professeur honoraire de l'Université de Genève  
(Faculté de droit)