

Cour des comptes
Route de Chêne 54
1208 Genève
Tél. : +41 (0)22 388 77 90
<http://www.cdc-ge.ch>

Genève, le 25 novembre 2016

Votre communication du 14 avril 2016 – Médiation administrative

Xx,

Nous revenons à votre communication du 14 avril 2016, complétée par vos courriers électroniques des 27 avril, 9 octobre et 12 octobre 2016.

Vous invitiez la Cour des comptes à analyser si l'absence de mise en place d'un bureau de médiation administrative, tel que prévu par la Loi sur la médiation administrative dans le canton de Genève du 17 avril 2015 (LMéd-GE - B 1 40), entrée en vigueur le 13 juin 2015, n'était pas constitutive d'un dysfonctionnement institutionnel, voire d'une entorse à la légalité.

La LMéd-GE avait pour objectif de concrétiser l'art 115 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE – A 2 00), prévoyant la création d'une telle instance de médiation. Elle comporte à son article 21 une disposition transitoire selon laquelle « *la première élection du médiateur intervient sans délai après l'entrée en vigueur de la présente loi pour une durée allant jusqu'au 31 décembre 2018* ». Or il résultait de l'échange de correspondance entre le bureau du Grand Conseil et le Conseil d'État joint en copie à votre courriel du 27 avril 2016 que l'incertitude quant à la possibilité d'inscrire au budget 2016 une ligne couvrant les frais de fonctionnement du médiateur administratif avait conduit à reporter l'ouverture du processus d'élection de ce dernier.

Dans ses réponses aux questions écrites urgentes d'un député des 16 et 30 septembre 2015 (QUE 365-A et 391-A), le Conseil d'État s'en expliquait en indiquant vouloir examiner, d'entente avec le bureau du Grand Conseil, « *diverses options réalistes dans l'optique d'une adaptation de la fonction de médiateur aux moyens financiers du canton* ». Parmi ces options figurait celle d'intégrer la fonction de médiateur administratif à des structures déjà existantes telles que le médiateur de la police cantonale ou le préposé à la protection des données et à la transparence, comme le proposait le bureau du Grand Conseil dans son courrier du 26 août 2015.

C'est effectivement cette piste qui a été retenue en définitive par l'exécutif cantonal, puisque le Conseil d'État a annoncé dans son communiqué de presse du 12 octobre 2016 qu'il avait « *adopté (...) un projet de modification de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)* » visant « *à conférer au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence une compétence particulière en matière de médiation administrative* ».

Par courriel du 13 octobre 2016, vous nous avez fait part de votre appréciation quant à une telle modalité de mise en œuvre de la LMéd-GE. Il en résulte en substance que vous mettez en doute sa pertinence et son adéquation aux besoins réels. Vous considérez par conséquent qu'un contrôle de la Cour des comptes reste pleinement indiqué, et qu'il devrait notamment porter sur une évaluation comparative des coûts et des économies que permettrait la mise sur pied d'une instance de médiation distincte, détachée de toute autre structure existante.

Afin de pouvoir se déterminer quant à la suite à donner à votre communication, la Cour avait entrepris un examen sommaire de la situation dès avant ces derniers développements. Au vu des critères de contrôle auxquels elle doit se conformer en application de la Loi sur la surveillance de l'État du 13 mars 2014 (LSurv – D 1 09), la Cour a examiné les points soulevés par votre communication sous l'angle suivant :

- la situation existante est-elle conforme au cadre légal et réglementaire ?
- la gestion du dossier par le département présidentiel met-elle en évidence un blocage institutionnel, voire un dysfonctionnement justifiant l'intervention de la Cour ?

Après avoir pris connaissance des derniers faits nouveaux mentionnés ci-dessus, la Cour est aujourd'hui en mesure de conclure son examen sommaire, en prenant en considération les éléments d'appréciation suivants :

Légalité

1. Il importe de déterminer en premier lieu si l'absence de mise en place à ce jour de l'instance de médiation administrative prévue par l'art. 115 Cst-GE contrevient à une norme légale spécifique qui déterminerait le délai de mise en œuvre.

Sur le plan constitutionnel, aucune disposition transitoire n'a fixé de délai dans lequel les autorités seraient tenues de rendre opérationnelle la nouvelle instance de médiation. L'art. 226 Cst-GE exige certes de manière générale que les législations d'application requises par la nouvelle Constitution doivent être adoptées sans retard, mais au plus tard dans un délai de 5 ans dès son entrée en vigueur (soit le 1^{er} juin 2012) : indépendamment du fait que ce délai n'est pas encore échu, il convient de constater que dans le cas concret cette disposition a été respectée, puisque la LMéd-GE est entrée en vigueur en juin 2015.

2. Sur le plan législatif, il y a lieu d'examiner la portée de l'art. 21 LMéd-GE, dans la mesure où cette disposition transitoire précise que la première élection du médiateur doit intervenir *sans délai* après l'entrée en vigueur de la loi.

Comme vous le savez, la formulation initiale du projet de loi déposé en septembre 2013 par le Conseil d'État (PL 11276) était différente : « *La première élection du médiateur intervient dès que possible après l'entrée en vigueur de la présente loi pour une durée allant jusqu'à la fin de la législature (...)* ». C'est lors des travaux parlementaires qu'un amendement fut déposé en 2^{ème} lecture par un membre de la commission législative, dans le but de remplacer les termes « *dès que possible* » par « *sans délai* ». Cet amendement ne donna lieu à aucune discussion quant à sa portée concrète et il fut voté à l'unanimité de la commission. Il en alla de même après le renvoi du PL en commission, lorsque le secrétariat général du Grand Conseil proposa de compléter la disposition transitoire en y précisant expressément que le 1^{er} mandat se terminerait le 31 décembre 2018.

3. Force est de constater que la formulation amendée de la disposition transitoire s'harmonise difficilement avec deux autres dispositions de la LMéd-GE : d'une part l'article 5 al. 3 prévoit un délai de plusieurs mois entre le renouvellement du Grand Conseil et l'entrée en fonction du médiateur administratif et de son suppléant, un tel délai ayant été jugé nécessaire pour mener à terme la procédure de recrutement et d'élection. Il n'était pas réaliste dès lors d'imaginer que la première période de fonction de la nouvelle institution pourrait s'ouvrir dans un délai plus rapproché, alors que toutes les dispositions concrètes restaient à arrêter.

D'autre part, l'article 9 al. 2 LMéd-GE confie au département présidentiel la charge d'attribuer un budget de fonctionnement au bureau de médiation administrative à créer. La couverture budgétaire des nouveaux postes devant intervenir avant le recrutement et l'élection des candidats, il en découle là également des contraintes temporelles particulières, rendant illusoire une première élection « *sans délai après l'entrée en vigueur de la (...) loi* ».

C'est ce qu'a de facto admis le bureau du Grand Conseil dans sa réponse du 26 août 2015 au Conseil d'État, dans lequel il formulait la proposition d'un rattachement de la fonction de médiateur à une structure déjà existante, et décidait de surseoir à la procédure d'élection « *tant que la question budgétaire ne serait pas clarifiée* ».

4. De manière plus générale, la Cour relève que la position du bureau du Grand Conseil était conforme aux règles constitutionnelles définissant les compétences du Conseil d'État dans le cadre de la procédure législative : l'exécutif cantonal est seul en charge de la mise en œuvre de la législation, dans la mesure où il lui appartient de promulguer les lois et de pourvoir à leur exécution (art. 109 al. 4 Cst-GE).

Hormis l'exercice de son pouvoir de haute surveillance, le Grand Conseil ne saurait dès lors se substituer à l'exécutif en arrêtant lui-même les modalités de mise en œuvre de la législation cantonale.

Blocage institutionnel ?

5. Dans votre communication du 14 avril 2016, vous fondiez votre demande d'intervention de la Cour des comptes sur le « *peu de motivation* » manifesté par le Conseil d'État, dont vous estimiez qu'il justifiait un constat de dysfonctionnement, voire d'opposition de l'exécutif à la mise en œuvre de la LMéd-GE. La Cour a constaté une appréciation similaire de la part de l'auteur de la question écrite urgente du 6 avril 2016 (QUE 464), laquelle évoquait « *l'immobilisme et/ou le refus [constant] du Conseil d'État d'allouer les moyens nécessaires à la mise en place et au fonctionnement du Bureau de la médiation administrative* ».
6. Il n'entre pas dans le champ de compétence de la Cour des comptes de se prononcer sur la motivation du collège gouvernemental, ou sur la pertinence politique des décisions prises par celui-ci dans la conduite des affaires publiques. En revanche, la légalité de la mise en œuvre concrète des lois cantonales ou fédérales par les départements (y compris le département présidentiel) peut en principe faire l'objet d'un examen de la Cour, conformément aux critères de contrôle définis par l'art. 38 LSurv.

7. Dans le cas spécifique de la concrétisation de la LMéd-GE, la Cour relève qu'elle ne peut partager votre appréciation selon laquelle la gestion du dossier par le département présidentiel doit être interprétée comme un refus de mettre en œuvre les décisions du législatif.

Certes le budget de fonctionnement estimé du bureau de médiation administrative n'était matériellement pas très significatif par rapport aux charges totales de l'État de Genève (cf. la réponse à la question écrite urgente du 11 novembre 2015, QUE 391-A). Mais les difficultés rencontrées par le Conseil d'État dans la construction du budget 2016, et l'incertitude en découlant quant à la possibilité de disposer de la ligne budgétaire permettant la création de 3,3 nouveaux postes, pouvaient objectivement expliquer un certain attentisme de sa part. L'impasse ultérieure des discussions budgétaires, et le passage au régime des douzièmes provisoires pour toute l'année 2016, ont confirmé a posteriori la part de réalité que recouvraient les craintes exprimées par le Conseil d'État dès l'été 2015.

8. Par ailleurs, comme relevé déjà ci-dessus, c'est le bureau du Grand Conseil lui-même qui, après s'être rallié à l'appréciation du Conseil d'État, a suggéré à ce dernier d'étudier des solutions alternatives telles que l'intégration de la fonction de médiateur à des organismes existants. Il paraît difficile dans ces conditions de reprocher au département présidentiel de s'être opposé à la volonté du parlement.
9. Comme cela résulte des informations communiquées à la Cour, c'est la piste d'un élargissement des fonctions du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT), afin d'y inclure la médiation administrative, qui a rapidement été privilégiée par la direction des affaires juridiques de la Chancellerie.

Les contacts pris avec le PPDT ayant confirmé que celui-ci serait favorable à une telle solution, un premier avant-projet de modification de la LIPAD lui a ainsi été soumis à fin mai 2016. Après prise en compte par la Chancellerie des différents avis recueillis concernant cet avant-projet, une deuxième version a été soumise le 20 juillet 2016 au PPDT, lequel a formulé ses observations dans un avis du 28 juillet 2016 se prononçant en faveur des modifications proposées. C'est le projet de loi définitif issu de ces travaux préparatoires dont le Conseil d'État a annoncé l'adoption dans son communiqué de presse du 12 octobre 2016.

10. Le Grand Conseil sera donc appelé à comparer en toute connaissance de cause les avantages et inconvénients de la solution préconisée aujourd'hui par le Conseil d'État par rapport à ceux du modèle envisagé à l'issue des travaux parlementaires relatifs à la LMéd-GE.

Il est à relever par ailleurs que l'analyse ex ante des coûts et des économies potentielles qu'induirait la mise en service du bureau de médiation administrative, telle que sollicitée dans votre courriel du 13 octobre 2016, ne pourrait que difficilement être menée en l'absence de toute prévision fiable quant au nombre de cas qu'il sera appelé à traiter.

Au vu de l'ensemble des circonstances évoquées ci-dessus, la Cour a donc décidé de ne pas entreprendre de contrôle plus approfondi à la suite de votre communication.

En vous remerciant d'avoir pris contact avec la Cour, nous vous prions de croire, Xx, à l'expression de nos sentiments distingués.

Pour la Cour des comptes

Isabelle TERRIER, présidente

Marco ZIEGLER, magistrat suppléant