



## Médiation administrative – Projet de modification de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)

**Avis du 28 juillet 2016**

---

**Mots clés** : veille législative, projet de modification, médiation administrative

---

**Contexte** : Par courriels des 26 mai 2016 et 20 juillet 2016 adressés au Préposé cantonal, M. Fabien Mangilli, Directeur de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat, a soumis pour avis au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence un projet de modification de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; A 2 08), lequel entend notamment inclure dans ce texte légal la médiation administrative et confier au Préposé cantonal la fonction de médiateur.

---

**Bases juridiques** : art. 56 al. 2 let. e et al. 3 let. e LIPAD; art. 23 al. 8 RIPAD

---

### 1. Caractéristiques de la demande

Selon l'art. 115 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE; A 2 00) :

<sup>1</sup> *Une instance de médiation indépendante est compétente pour traiter de façon extrajudiciaire les différends entre l'administration et les administrés.*

<sup>2</sup> *Le Grand Conseil élit la personne responsable de l'instance de médiation après consultation du Conseil d'Etat pour la durée de la législature".*

La loi sur la médiation administrative dans le canton de Genève du 17 avril 2015, entrée en vigueur le 13 juin 2015 (LMéd-GE; B 1 40)<sup>1</sup>, prévoit à son art. 1 que le bureau de médiation administrative a pour buts : "a) de traiter de façon extrajudiciaire les différends entre l'administration et les administrés; b) de contribuer à prévenir ou à régler de façon simple les conflits entre les usagers et l'administration; c) de contribuer à améliorer le fonctionnement de l'administration; d) d'encourager l'administration à entretenir de bonnes relations avec les usagers". Sont soumis au champ d'application de cette loi (art. 2 al. 1) : "a) l'administration cantonale; b) les services administratifs du pouvoir judiciaire et de la Cour des comptes; c) les administrations communales; d) les personnes physiques ou morales et les organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches". Le Grand Conseil, le Conseil d'Etat, le pouvoir judiciaire, la Cour des comptes, et les autorités communales ne sont pas soumises à la loi (art. 2 al. 2), laquelle, en outre, ne s'applique pas aux litiges relatifs aux relations de travail entre l'administration et ses collaborateurs et collaboratrices (art. 2 al. 3).

Le 4 mai 2016, le député Boris Calame, relevait dans une question urgente (QUE 464-A) :

---

<sup>1</sup> Voir à ce propos le Rapport de la Commission législative chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat instituant une instance de médiation dans le canton de Genève (Adaptation à la nouvelle Constitution – mise en œuvre de l'art. 115), PL 11276-B.

"En date du 22 avril 2016, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une question écrite urgente qui a la teneur suivante : Il y a près d'une année, le 17 avril 2015, le Grand Conseil de la République et canton de Genève votait la « Loi sur la médiation administrative dans le canton de Genève » (LMéd-GE – B 1 40), qui se devait d'être la concrétisation de l'article 115 de la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE – A 2 00). Celle-là a été publiée dans les formes et est entrée en vigueur le 13 juin 2015. Dans cette loi, il est précisé sous son article 21 (Disposition transitoire) que « 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 ». Du moment où cette loi a été votée (17.04.2015) et promulguée (13.06.2015), le Grand Conseil aurait dû procéder (ou pouvoir procéder) à cette élection « sans délai », soit raisonnablement avant fin 2015. En termes de prérogative, l'article 109 de la constitution genevoise, sous son alinéa 4, définit la procédure législative en précisant que « Le Conseil d'Etat promulgue les lois. Il est chargé de leur exécution et adopte à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires ». L'immobilisme et/ou le refus [constant] du Conseil d'Etat d'allouer les moyens nécessaires à la mise en place et au fonctionnement du Bureau de la médiation administrative empêche, encore et toujours, sa réalisation. De fait, cela repousse aussi la procédure d'élection du Médiateur et de son adjoint par le Grand Conseil. Force est alors de constater que le Conseil d'Etat et, très vraisemblablement, son Président choisissent délibérément de faire fi de leurs obligations constitutionnelles et légales. Faut-il alors admettre qu'une décision du Parlement ne soit pas mise en œuvre par le Conseil d'Etat ? Comment peut-on encore prétendre, décemment, que le budget de fonctionnement prévisible du Bureau de la médiation administrative, de l'ordre de 0,3% du budget du Pouvoir judiciaire, pourrait mettre à mal le budget de l'Etat ? Ce d'autant plus que les économies réalisées (limitation de procédure et de démarche administrative) seront au bénéfice direct de l'Etat. Mon unique question au Conseil d'Etat, qu'il soit remercié par avance, est alors la suivante : Quels sont les éléments [légaux] qui permettent au Conseil d'Etat de ne [toujours] pas mettre en œuvre les obligations constitutionnelles et légales qui sont les siennes, notamment en lien avec le Bureau de la médiation administrative ?".

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat "tient d'emblée à rassurer l'auteur de la question écrite urgente sur la mise en œuvre de l'article 115 de la Constitution, concrétisation à laquelle il est sensible. Comme le Conseil d'Etat l'a précisé dans le cadre de ses réponses aux questions écrites urgentes QUE 365 (QUE 365-A), QUE 380 (QUE 380-A) et QUE 391 (QUE 391-A), il a estimé, lors d'échanges avec le bureau du Grand Conseil, que la prudence s'imposait dans le cadre des discussions budgétaires avant d'engager un processus de recrutement d'un médiateur administratif et le financement destiné à cette nouvelle instance (salaires, infrastructure et fonctionnement). L'auteur de la question a été informé précisément, par les réponses aux questions précitées, des conséquences financières de la mise en œuvre de l'article 115 de la Constitution sur la base de la loi sur la médiation administrative dans le canton de Genève, du 17 avril 2015. Les coûts de sa mise en œuvre ont été estimés à 750 000 F par an. Elle induirait en effet la création de 3,3 postes, soit en rubrique 30, un médiateur et un médiateur suppléant en classe 32, un juriste 2 en classe 20 (0,50), un poste de secrétariat en classe 11 (0,80), à quoi s'ajouterait encore un montant de la rubrique 31. Dans le contexte budgétaire actuel, et d'entente avec le bureau du Grand Conseil, le Conseil d'Etat s'est engagé à considérer diverses options réalistes dans l'optique d'une adaptation de la fonction de médiateur aux moyens financiers du canton (QUE 391-A). Dans cette mesure, le Conseil d'Etat examinera très prochainement, vraisemblablement dans le courant du mois de juin 2016 encore, un projet de loi qui permettra de concrétiser l'article 115 de la Constitution tout en tenant compte des contraintes précitées".

Parmi les options envisagées par le Conseil d'Etat, celle d'octroyer au Préposé cantonal la fonction supplémentaire de la médiation administrative a été privilégiée. En effet, selon lui, une attribution de compétence particulière en matière de médiation administrative conférée au Préposé cantonal, à l'instar de la situation qui prévaut dans d'autres cantons, peut efficacement concrétiser l'art. 115 de la Constitution.

Il convient de relever incidemment que, le 1<sup>er</sup> mai 2016, est entré en vigueur le Règlement sur l'organe de médiation de la police du 24 février 2016 (RMédPol; F 1 05.08). Les missions de ce dernier consistent à dispenser un service en faveur des citoyens et des membres de la

police et proposer le règlement extrajudiciaire des différends entre citoyens et membres de la police, au besoin en engageant une médiation. Par ailleurs, l'organe de médiation est en outre chargé d'assurer une meilleure compréhension par la population de l'activité de la police (art. 1). A teneur de l'art. 2, "*L'organe de médiation reçoit et traite les doléances et griefs émanant des citoyens et dirigés contre les membres de la police et inversement. Il documente les situations qui lui sont soumises. Avec l'accord des personnes concernées, l'organe de médiation organise des séances de médiation*".

Dans son mail du 26 mai 2016, le Directeur des affaires juridiques de la Chancellerie propose une première version de l'avant-projet, soulignant toutefois qu'"une seconde sera prochainement présentée". Dans un courrier électronique daté du 20 juillet 2016, il présente une nouvelle version sur laquelle le Préposé cantonal est appelé à se prononcer. Le 27 juillet, il fait part au Préposé cantonal des remarques exprimées par Mme le Sautier et M. le Secrétaire général adjoint du Grand Conseil.

## 2. Appréciation

Dans la mesure où les Préposés ont rencontré à plusieurs reprises le Directeur et la directrice adjointe (Mme Coralie Pasche) des affaires juridiques de la Chancellerie ainsi que M. Michaël Flaks, Directeur général de l'intérieur, et qu'il a pleinement été tenu compte de leurs suggestions dans la rédaction de l'avant-projet, les remarques qui suivent seront succinctes.

Le Préposé cantonal remarque préalablement que si l'intitulé de la loi doit être modifié pour y intégrer la médiation administrative, il paraît judicieux que son abréviation soit maintenue, notamment en raison du fait que les Préposés ont, depuis 2014, effectué un travail important pour faire mieux connaître ce texte, connu par son acronyme. Un titre comme LIPADMED, par exemple, ne serait pas très heureux.

Les buts énoncés à l'art. 1 synthétisent ceux figurant dans la LMéd, dans l'idée de bien préciser les trois domaines de la LIPAD (transparence, protection des données et la médiation administrative), sans pour autant donner plus d'importance à l'un ou à l'autre, ce qui paraît opportun.

Le projet prévoit d'inclure expressément la Cour des comptes dans le champ d'application de la LIPAD, ce qui mettrait fin au flou juridique qui prévaut. A l'heure actuelle, cette dernière est uniquement mentionnée aux l'art. 41 al. 2 (compétences et les règles de fonctionnement réservées s'agissant de traitement de données personnelles à des fins générales) et 53A al. 1 litt. b (incompatibilité de la qualité de Préposé cantonal avec celle de magistrat à la Cour des comptes). Le Préposé cantonal relève que la Cour des comptes déclare ses fichiers de données personnelles au catalogue et assiste aux séances de médiation le cas échéant. Elle ne peut cependant pas rendre une décision au sens de l'art. 30 al. 5 LIPAD. Par ailleurs, le Préposé cantonal est d'avis que la réserve des dispositions spéciales de la Cour des comptes prévue à l'art. 41 al. 2 LIPAD ne vaut que dans le cadre des activités décrites à cette disposition (traitement à des fins générales de données personnelles) et ne signifie donc pas que toutes les autres règles de la LIPAD ne lui soient pas applicables. En d'autres termes, cela ne signifie pas que la Cour des comptes n'est pas tenue de respecter les règles de la LIPAD en matière de protection des données, mais uniquement qu'elle n'a pas besoin de donner information ou de requérir l'autorisation du Conseil d'Etat avec le préavis du Préposé cantonal, puisqu'il s'agit précisément de son activité. Le Préposé cantonal estime qu'il suffit d'ajouter la Cour des comptes à l'art. 3 LIPAD, ce qui lui permettra, s'agissant de l'application de la LIPAD, de pouvoir rendre des décisions au sens de l'art. 30 al. 5 LIPAD suite à une recommandation, faisant d'elle une autorité administrative au sens de l'art. 5 litt. g de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10). Toutefois, il rejoint l'avis exprimé par le Directeur des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat, selon lequel l'intégration de la Cour des comptes dans le champ d'application de la loi ne peut se faire qu'en tenant dûment compte de sa position. Les magistrats composant cette autorité doivent être associés aux discussions, notamment sur la question de l'aménagement des règles de procédures, par exemple pour la défense judiciaire de la Cour dans le cadre d'une procédure d'accès aux documents, et de l'articulation de la LIPAD avec la future modification de la LGAF concernant la révision des comptes.

Le Préposé est favorable à la suppression de la réserve du droit fédéral à l'art. 3 al. 5 LIPAD, compte tenu de la force dérogoire du droit fédéral.

S'agissant de l'art. 54A (éligibilité), le Préposé cantonal estime que l'exigence d'une formation juridique complète de niveau maîtrise doit être maintenue. En effet, la complexité de la matière, non seulement de la LIPAD et du RIPAD, mais aussi des autres textes légaux régulièrement examinés par l'autorité, en raison du caractère transversal du sujet, nécessite une formation juridique de haut niveau.

Le choix d'une interdiction générale de toute autre activité pour le Préposé cantonal et son adjointe, concernant l'art.54B (incompatibilités), s'inspire du système actuel (art. 53A al. 2), lequel toutefois admet la possibilité d'un autre emploi sans poser le principe d'une interdiction. Le Préposé cantonal n'y voit aucune objection, le Grand Conseil pouvant autoriser des dérogations, pour autant que l'activité ne soit pas susceptible de nuire à l'indépendance.

### **3. Mise en œuvre de la modification projetée**

Le Préposé cantonal prend note du souhait du Conseil d'Etat de lui octroyer la tâche supplémentaire consistant en la médiation administrative.

Il est d'avis que ce projet permettra de supprimer les risques de conflits de compétences positifs, s'agissant de l'hypothèse d'une demande de médiation relative à l'accès à un document en mains d'une institution publique (transparence) ou concernant un conflit entre un usager et l'administration (médiation administrative).

Il éprouve toutefois certaines craintes, soulignant que la précédente autorité était constituée de quatre postes occupés à temps plein (une Préposée, une Préposée adjointe, un juriste et un secrétaire). Pour rappel, l'autorité a été redimensionnée : l'équipe actuelle est composée d'un Préposé à 80%, d'une Préposée adjointe à 70% et d'une secrétaire à 80%, soit trois postes à temps partiel (230%). Si le Préposé cantonal comprend les problèmes budgétaires rencontrés par le canton, il croit sincèrement que la dotation en personnel telle que fixée initialement était adéquate au vu du grand nombre d'institutions publiques cantonales et communales soumises au champ d'application de la loi.

Force est de constater que si le pourcentage de temps de travail a quasiment été divisé par deux, les activités de l'autorité n'ont pas diminué depuis l'entrée en fonction, le 1<sup>er</sup> janvier 2014, des trois nouvelles personnes, bien au contraire<sup>2</sup>. Si ce projet doit voir le jour, au vu de la charge de travail supplémentaire qu'il implique en matière de médiation, la Préposée adjointe peut augmenter son taux d'activité (minimum 80% ou plus). Il en va de même du Préposé cantonal.

En effet, quand bien même les multiples activités qui sont demandées quotidiennement (rédaction d'avis, de préavis, de recommandations, conseils aux particuliers et aux institutions publiques, etc.) occupent aisément tout le temps de travail des deux Préposés en poste à temps partiel, ces derniers s'attellent, par le biais de rencontres, séminaires, conférences, formations, ainsi que par la rédaction d'une bande dessinée et de la documentation proposée sur leur site Internet<sup>3</sup>, à développer des outils pour mieux faire connaître une loi complexe, ce qui engendre naturellement une importante charge de travail supplémentaire.

Par conséquent, outre les nombreuses missions prévues par la loi et l'important travail de sensibilisation, la mission supplémentaire consistant en la médiation administrative ne doit pas être sous-estimée, s'agissant de son implication en termes de temps de travail.

Dans l'optique de la rédaction de l'avis de l'autorité, la Préposée adjointe a rencontré M. Mario Flückiger, Ombudsman et Préposé à la protection des données personnelles de la Ville de Berne, en date du 7 juillet 2016. Une note de synthèse de cette rencontre est annexée à la présente.

---

<sup>2</sup> Voir les rapports annuels 2014 et 2015 du Préposé cantonal: <https://www.ge.ch/ppdt/doc/bureau/PPDT-rapport-activite-2014.pdf>; <https://www.ge.ch/ppdt/doc/bureau/PPDT-rapport-activite-2015.pdf>.

<sup>3</sup> <https://www.ge.ch/ppdt/welcome.asp>

Il ressort de cette rencontre que la tâche de médiateur constituera sans nul doute un défi particulièrement important, non seulement sur le fond, mais également sur le plan de l'implication personnelle.

De la sorte, le Préposé cantonal a besoin d'être libéré d'une partie de son activité actuelle pour mener à bien la nouvelle tâche.

Au terme de plus de deux ans et demi d'expérience, les Préposés sont à même de déterminer où il serait possible de trouver des solutions pour alléger leur charge de travail afin de dégager du temps pour s'engager dans la médiation administrative.

Ces pistes sont les suivantes :

- Un-e juriste (minimum 80%) pour les tâches juridiques : rédaction de projets d'avis, de préavis et de recommandations et réponses aux demandes de conseils des citoyens et des institutions publiques. Pour information, en 2015, le Préposé cantonal a rédigé 16 avis/préavis/recommandations, 3 fiches informatives et 11 pages de la bande dessinée. Il a en outre distillé 145 conseils aux particuliers et 164 conseils aux institutions publiques. Il faut également relever que le projet de modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe, la réforme globale des règles adoptées par l'Union européenne en matière de protection des données de même que la modification de la loi fédérale sur la protection des données nécessiteront un important travail de retranscription en droit genevois. A cela s'ajoute encore le fait que la Suisse, et par conséquent le canton de Genève, du fait de sa participation à l'Espace Schengen, est également concernée par les règles relatives au traitement des données personnelles dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale et de droit des étrangers, ce qui nécessite, de la part du Préposé cantonal des contrôles Schengen effectués chaque année.

- Une tâche importante du Préposé cantonal est de s'assurer non pas seulement de la conformité au droit des projets de loi et de règlement mais aussi et surtout de s'assurer que, sur le terrain, les systèmes d'information mis en œuvre et les pratiques des institutions publiques sont bien respectueux de la sécurité des données personnelles. Pour ce travail, il faut que l'autorité soit dotée des compétences d'un expert technique qui vienne ainsi compléter une équipe essentiellement juridique. Un-e spécialiste de l'audit informatique de protection des données personnelles (minimum 80%)

- Un-e secrétaire avec des compétences linguistiques, au minimum 50% (en allemand notamment) pour permettre d'assurer la capacité de répondre toujours au téléphone – ce qui n'est actuellement souvent pas le cas – du fait des activités à temps partiel des différents membres de l'équipe et des multiples rendez-vous à l'extérieur. De plus, lors des activités de médiation administrative, il est indispensable de renforcer l'autorité par un soutien administratif.

De la sorte, le Préposé cantonal est d'avis que les modifications envisagées peuvent être proposées, sous réserve des besoins financiers exprimés.

\* \* \* \* \*

Les Préposés remercient la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton  
Préposée adjointe