



Conseil d'Etat de la République et canton de
Genève
Monsieur François Longchamp
Président
Case postale 3964
1211 Genève 3

Carouge, le 19 décembre 2014

Concerne : Avant-projet de loi sur la répartition des tâches entre les communes et le canton

Monsieur le Président,

L'Association des communes genevoises a pris connaissance de l'Avant-projet de loi sur la répartition des tâches entre les communes et le canton du 29 octobre 2014 (ci-après : l'Avant-projet). Elle entend ci-après vous faire part de ses remarques critiques et constructives sur celui-ci.

Nous examinerons successivement le cadre fixé par la Constitution pour la répartition des compétences entre le canton et les communes (I.) avant de présenter les problèmes posés par l'Avant-projet en ce qui concerne cette répartition des compétences (II.).

I. LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES COMMUNES ET LE CANTON SELON LA CONSTITUTION

1. La Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012¹ est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013 (art. 224 al. 1 Cst-GE) sous réserve de deux articles relatifs au droit transitoire en matière de droits populaires (art. 224 al. 2 Cst-GE). L'ancienne Constitution du 24 mai 1847 a été abrogée, de même que les dispositions contraires aux règles directement applicables de la nouvelle Constitution. Pour le reste, l'ancien droit demeure en vigueur tant que la législation d'application n'a pas été édictée (art. 225 Cst-GE). Les modifications législatives requises par la Constitution doivent enfin être adoptées sans retard mais dans un délai de 5 ans dès l'entrée en vigueur de la Constitution (art. 226 al. 1 Cst-GE), soit avant le 1^{er} juin 2018.
2. En tant que norme fondamentale, la Constitution a pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes. Elle n'a pas à réglementer toute matière de manière exhaustive², y compris dans les domaines où les droits fondamentaux sont susceptibles d'être touchés. De ce fait, elle souffre de contenir un certain nombre d'imprécisions³. En conséquence, il est du devoir du législateur, soit du Grand Conseil, de préciser dans les législations qu'il édicte les contours des régimes juridiques mis en place. Dans cette tâche, le législateur doit respecter le texte de la Constitution ainsi que la volonté du constituant.

¹ RS/GE A 2 00 ; « Cst-GE ».

² Jean-François Aubert, « Notion et fonction de la Constitution », in Thürer/Aubert/Müller (édit.), *Droit Constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 4.

³ ATF 133 I 110 consid. 6.2.

3. Le système de répartition des compétences entre canton et communes tel que prévu par la Constitution repose sur les principes suivants : la Constitution s'est limitée à définir les types de compétences confiées au canton et au commune en donnant mandat au législateur de définir la répartition des tâches (A.). De plus, la Constitution impose de laisser de la place à une possible compétence communale résiduelle (B.).

A. LA REPARTITION DES COMPETENCES SELON LA CONSTITUTION

4. Selon l'article 148 al. 1 Cst-GE, « *les tâches de l'Etat sont exécutées par le canton et, conformément à la Constitution et à la loi, par les communes et les institutions de droit public.* » Par ailleurs, selon l'article 133 al. 2 première phrase Cst-GE, « *la loi fixe les tâches qui sont attribuées au canton et celles qui reviennent aux communes.* »
5. Il ressort de la lecture croisée de ces deux dispositions que la Constitution ne contient pas de règle de répartition des compétences entre le canton et les communes. Toute tâche publique étant susceptible d'être, *a priori*, exercée aussi bien par les autorités cantonales que communales, la nouvelle Constitution a, sur ce point, opéré un renvoi au législateur⁴. Tout en indiquant que les tâches de l'Etat sont exécutées par le canton, l'article 148 al. 1 Cst-GE dispose ainsi que c'est la loi qui détermine les domaines d'intervention des communes et des institutions de droit public. L'article 133 al. 2 Cst-GE prévoit, dans le même sens, que la loi fixe les tâches qui sont attribuées au canton et celles qui reviennent aux communes. Au demeurant, la liste des tâches publiques figurant dans la Constitution n'a, sous l'angle Constitutionnel, qu'un caractère indicatif⁵.
6. La Constitution repose donc sur un modèle d'attribution de compétences. D'une part, la tâche d'attribution est confiée au législateur cantonal, les Constituants ayant refusé que les tâches dévolues aux communes figurent dans la Constitution⁶. D'autre part, la désignation du législateur cantonal comme étant l'autorité chargée de répartir les tâches entre canton et communes évite des conflits de compétence, sans toutefois privilégier le canton s'agissant de la répartition de celles-ci⁷.
7. Le mandat au législateur de procéder à la répartition des compétences entre canton et communes figure à l'article 133 Cst-GE. Cette disposition a la teneur suivante :
« Art. 133 Tâches
¹ La répartition des tâches est régie par les principes de proximité, de subsidiarité, de transparence et d'efficacité.
² La loi fixe les tâches qui sont attribuées au canton et celles qui reviennent aux communes. Elle définit les tâches conjointes et les tâches complémentaires.
³ Le canton assume les tâches qui excèdent la capacité des communes. »
8. L'article 133 Cst-GE est suivi d'un article 135 dont l'intitulé est « *Concertation* ». Selon cette disposition, « *le canton tient compte des conséquences de son activité pour les communes* » (al. 1) et il « *met en place un processus de concertation avec les communes, dès le début de la procédure de planification et de décision* » (al. 2).
9. Il découle de ces articles que la Constitution impose au législateur de respecter un certain nombre de principes matériels lorsqu'il opère la répartition des tâches (art. 133 al. 1 & 3 Cst-GE ; ci-après 1.), d'opérer une certaine typologie dans les tâches (art. 133 al. 2 Cst-GE ; ci-après 2.), et, d'agir en concertation avec les communes (art. 135 Cst-GE).

⁴ Michel Hottelier/Thierry Tanquerel, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », SJ 2014 II p. 341/352.

⁵ Michel Hottelier/Thierry Tanquerel, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », SJ 2014 II p. 341/352.
⁶ BOAC XVII, p. 9228, 9230 ; BOAC XXV p. 13264.

⁷ BOAC XXII, p. 11493.

1. Les principes matériels à respecter dans la répartition des tâches

a. Proximité, subsidiarité, transparence, efficacité

10. En premier lieu, la répartition des tâches est régie par les principes de proximité, de subsidiarité, de transparence et d'efficacité (art. 133 al. 1 Cst-GE).
11. Cette disposition est issue d'une thèse N° 403.41.b de la Commission thématique 4 chargée de l'organisation territoriale et des relations extérieures (coT 4), qui se référait aux principes de « *proximité, de transparence, d'efficacité et de complémentarité.* »⁸ et est apparue dans sa teneur actuelle en première lecture⁹. Les lectures successives ne permettent malheureusement pas de déduire le sens donné à ces termes¹⁰.
12. Le principe dit de la subsidiarité institutionnelle a toutefois été illustré par un Constituant comme le fait selon lequel « *dans la mesure du possible les tâches doivent être exécutées de manière proche du citoyen.* »¹¹. Pour un autre Constituant, les principes de proximité, de subsidiarité, de transparence et d'efficacité ne signifient rien d'autre que « *ce que les communes pourront faire de mieux parce qu'elles sont plus proches, elles le feront.* »¹², interprétation dont le sens a été confirmé par un troisième Constituant¹³. Pour un autre Constituant encore, la notion de subsidiarité laisserait à penser que le principe de l'autonomie devrait céder le pas à la répartition des tâches par la loi, ce qui ne serait pas satisfaisant¹⁴.

b. Le canton assume les tâches qui excèdent la capacité des communes

13. En deuxième lieu, le canton doit assumer les tâches qui excèdent la capacité des communes (art. 133 al. 3 Cst-GE).
14. Cette disposition est née d'une thèse N° 403.42.c qui prévoyait que le canton prenait à sa charge les tâches excédant la capacité des districts communaux, à l'époque où leur création était éventuellement envisagée¹⁵. Elle a par la suite, en première lecture, fait référence à la capacité des communes¹⁶.
15. Pour un Constituant, « *quand on dit (...) que le canton assume les tâches qui excèdent la capacité des communes, là aussi on peut très bien l'interpréter. Celles qui n'excèdent pas la capacité des communes peuvent être réalisées par les communes.* »¹⁷, interprétation dont le sens a été confirmé par un autre Constituant¹⁸. Pour le surplus, les critères pouvant servir à définir la notion de capacité des communes n'ont pas été précisés¹⁹.

2. Les types de tâches à définir lors de l'attribution

16. Selon l'art. 133 al. 2 Cst-GE, « *la loi fixe les tâches qui sont attribuées au canton et celles qui reviennent aux communes. Elle définit les tâches conjointes et les tâches complémentaires.* »
17. Cette disposition est apparue par un amendement de commission adopté en première lecture²⁰ de sorte que la notion de tâches conjointes et de tâches complémentaires ne

⁸ Assemblée constituante, coT 4, Rapport sectoriel 403, du 30 avril 2010, p. 25. Ce Rapport est disponible à l'adresse www.ge.ch/constituante/welcome.asp.

⁹ BOAC XVII, p. 9230.

¹⁰ Voir, notamment, BOAC VIII, p. 4471, 4479, 4483, 4492, 4495 ; BOAC XVII, p. 9230 ; BOAC XXV, p. 13262.

¹¹ Intervention de M. Cyril Mizrahi du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11491.

¹² Intervention de M. Benoît Genecand du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11493.

¹³ Intervention de M. Thierry Tanquerel du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11494.

¹⁴ Intervention de M. Michel Amaudruz du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11497.

¹⁵ Assemblée constituante, coT 4, Rapport sectoriel 403, du 30 avril 2010, p. 28.

¹⁶ BOAC XVII, p. 9233.

¹⁷ Intervention de M. Benoît Genecand du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11493.

¹⁸ Intervention de M. Thierry Tanquerel du 9 février 2012, BOAC XXII, p. 11494.

¹⁹ BOAC XXV, p. 13262.

²⁰ BOAC XVII, p. 9231.

ressort pas des travaux préparatoires²¹. On déduit toutefois de la lecture de cette disposition que la Constitution pose le principe d'une attribution de compétences et demande au législateur de définir, en outre, deux types de tâches : les tâches conjointes et les tâches complémentaires.

3. La concertation

18. L'article 135 Cst-GE relatif à la concertation est le fruit d'une thèse N° 403.31.b de la coT 4, dont la teneur est demeurée quasiment inchangée au cours des travaux de l'Assemblée constituante.

Cette disposition porte la justification suivante : « *La reconnaissance des collectivités publiques locales que sont les communes n'est pas limitée au seul respect de leur autonomie. Elle se manifeste aussi par la considération portée aux décisions qu'elles peuvent prendre dans leurs autres catégories de compétences. Au vu des très nombreuses protestations que la commission a entendues au cours de ses auditions, face au manque d'écoute de l'Etat envers les communes, il lui paraît nécessaire d'ancrer dans la Constitution l'obligation, pour le canton, de mettre en place de réelles procédures de concertation avec les communes.* »²².

19. La Constitution institue donc la concertation comme un principe général du fonctionnement entre canton et communes, et notamment dans le cadre de l'exercice par celles-ci de leur compétence d'exécution²³.
20. Au surplus, l'art. 135 al. 1 Cst-GE a une teneur identique à l'art. 50 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999²⁴ qui prévoit qu'il faut tenir compte des éventuelles conséquences de l'activité du canton ou de la Confédération pour les communes. Une telle disposition a une portée large et sert à garantir l'effectivité des trois niveaux de collectivités publiques dans notre Etat fédéral²⁵.

B. LA CONSTITUTION LAISSE DE LA PLACE A UNE POSSIBLE COMPETENCE RESIDUELLE

21. Dans l'hypothèse où la loi serait muette sur l'attribution d'une tâche au canton ou aux communes, il existe une compétence résiduelle communale lorsqu'il n'y a, dans le domaine en cause, ni épuisement de la matière par le canton, ni attribution exclusive de compétence à ce dernier. La situation est en cela la même que sous l'empire de l'ancienne Constitution²⁶.
22. En effet, on doit déduire des travaux préparatoires que les communes demeurent compétentes pour agir dans des domaines non couverts par l'énumération des tâches publiques figurant dans la loi puisqu'en troisième lecture, les Constituants ont supprimé l'alinéa qui prévoyait que « *les communes accomplissent les tâches que la Constitution et la loi leur attribuent* » au motif que cette disposition était trop restrictive car n'accordant aux communes que la possibilité d'agir lorsque la Constitution ou la loi leur en accordaient la compétence et, partant, en contradiction avec le principe de subsidiarité²⁷. Or, selon la jurisprudence, pour écarter la compétence communale, il faudrait admettre que le canton s'est attribué l'exclusivité des compétences laissées par la loi en cause aux cantons et aux communes, ou qu'il a utilisé celles-ci de telle sorte qu'il n'y aurait, matériellement, plus de place laissée à la commune dans ce domaine²⁸.

²¹ BOAC XXII, p. 11491, BOAC XXV, p. 13262.

²² Assemblée constituante, coT 4, Rapport sectoriel 403, du 30 avril 2010, p. 21.

²³ Assemblée constituante, coT 4, Rapport sectoriel 403, du 30 avril 2010, p. 21.

²⁴ RS 101 ; « Cst.féd. ».

²⁵ Regula Kägi-Diener, *St.Galler Kommentar zu Art. 50 Cst.*, n. 18.

²⁶ Michel Hottelier/Thierry Tanquerel, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », SJ 2014 II p. 341/384.

²⁷ BOAC XXV, p. 13262, 13265.

²⁸ ATA/454/2011 du 26 juillet 2011, consid. 15.

23. A Genève, comme dans toute la Confédération, les communes ont donc une compétence générale résiduelle²⁹ et celle-ci relève de leur autonomie.

II. L'AVANT-PROJET DE LOI SUR LA REPARTITION DES TÂCHES ET SES CARENCES

24. La loi en préparation avec l'Avant-projet a pour objet de fixer les principes généraux de la répartition des tâches de l'Etat entre le canton et les communes en application de l'article 133 Cst-GE (art. 1 Avant-projet). Elle se divise en trois chapitres : Dispositions générales (I.), Dispositions spéciales (II.) et Dispositions finales et transitoires (III.).

25. Cet Avant-projet contient un certain nombre de défauts qui sont mis ici en évidence sans que le présent courrier ait la volonté d'être exhaustif. Nous exposerons successivement que : l'avant-projet ne définit pas les principes sur lesquels la Constitution impose de réaliser la répartition des tâches (A.), l'Avant-projet se réfère à la notion de « collectivité » sans la définir (B.), la classification des tâches prévue par l'Avant-projet de loi est non conforme à la constitution (C.), le mécanisme de dérogation de l'article 4 de l'Avant-projet est vicié (D.), la surveillance exercée par le conseil d'Etat permet l'application d'un système contraire à la constitution (E.) et les dispositions financières sont incomplètes et insuffisantes (F.).

A. L'AVANT-PROJET NE DEFINIT PAS LES PRINCIPES SUR LESQUELS LA CONSTITUTION IMPOSE DE REALISER LA REPARTITION DES TACHES

26. L'art. 133 al. 1 Cst-GE pose les principes matériels qui doivent guider l'attribution des tâches : proximité, subsidiarité, transparence et efficacité. Il est regrettable que l'Avant-projet n'énonce pas ces principes ni ne les précise en son article 2. Du point de vue légistique³⁰ l'Avant-projet nous paraît incomplet sur ce point.
27. En effet, une définition de ces principes permettrait de poser un cadre institutionnel aux discussions engagées avec les communes par l'entremise de l'ACG pour la répartition des tâches selon le Chapitre 2 de l'Avant-projet. Cela rendrait également plus concret l'exercice de la concertation, puisque les critères de discussion pour la répartition des tâches seraient ainsi clairement posés.
28. Pour ce motif, nous proposons ci-après une définition de ces critères en nous inspirant du droit Constitutionnel suisse, fédéral ou cantonal.

1. Subsidiarité

Le principe de subsidiarité est une notion connue en droit fédéral puisque l'article 5a de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999³¹ énonce que « l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité. » L'article 43a, alinéa 1, Cst. prévoit en outre que « la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération. » Dans son Message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), le Conseil fédéral a défini le principe de subsidiarité comme suit : « Le principe de subsidiarité appliqué à l'Etat fédéral signifie qu'une collectivité territoriale donnée ne doit assumer une tâche (ou une partie de celle-ci) que s'il est prouvé qu'elle s'en acquitte mieux qu'une collectivité d'un échelon inférieur. Ce principe part implicitement de l'idée que les tâches publiques doivent s'accomplir autant que possible à proximité des citoyens, de sorte que ceux-ci puissent influencer au mieux sur le processus politique. Les interactions entre peuple et

²⁹ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit Constitutionnel suisse*, Vol. I, L'Etat, 3^{ème} éd, Berne 2013, p. 77.

³⁰ Alexandre Flückiger/Christine Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique*, Genève 2008.

³¹ RS 101 ; « Cst. ».

institutions politiques doivent aboutir à des services publics qui correspondent aux besoins et aux désirs des citoyens. »³².

29. Le principe de subsidiarité, ancré dans la Constitution fédérale, a une portée générale et ne se limite pas aux relations entre Confédération et cantons mais s'exprime à tous les niveaux de l'Etat. Il constitue « *un appel aux cantons et aux communes, qui doivent mettre à la disposition de l'accomplissement des tâches publiques les ressources et capacités nécessaires, en recourant à la coopération* » et lie, partant, les cantons dans leur relation avec les communes³³.
30. Il est très important de relever que l'opération de désenchevêtrement des tâches et compétences couplée avec le postulat de la subsidiarité institutionnelle a aussi pour objet de renforcer l'autonomie de la collectivité qui en bénéficie. En effet, le principe de subsidiarité donne sa consistance à l'autonomie communale puisque celle-ci s'exprime, aussi, par les tâches que le canton doit confier aux communes³⁴. Il est très important de relever aussi que l'opération de désenchevêtrement des tâches ne peut se faire que moyennant coopération entre les entités concernées.

2. Proximité et transparence

31. Le principe de proximité fait quant à lui référence au lien entre les citoyens et la collectivité publique dont ils relèvent³⁵. La notion de proximité est utilisée dans la Constitution en tant que l'Etat « *garantit le développement d'espaces de proximité affectés à la pratique du sport, à la culture et aux loisirs* » (art. 164 Cst-GE) et qu'il « *encourage une agriculture diversifiée de qualité, respectueuse de l'environnement et de proximité* » (art. 187 Cst-GE).
32. La transparence est érigée en postulat puisque l'Etat est tenu d'accomplir ses tâches « *avec diligence, efficacité et transparence* » (art. 148 al. 2 Cst-GE). La transparence est aussi imposée aux partis politiques (art. 51 Cst-GE). Au niveau fédéral, la notion est plus ambitieuse dans la mesure où elle est un des motifs présidant au désenchevêtrement des tâches et du financement au niveau fédéral: « *Le désenchevêtrement des tâches et du financement entre la Confédération et les cantons a pour but d'instaurer la transparence dans les relations entre ces deux niveaux étatiques, ces relations étant devenues de plus en plus complexes. Dans la mesure du possible et lorsque cela est judicieux, il convient d'attribuer à un même niveau étatique l'intégralité des compétences et des responsabilités relatives à une tâche déterminée.* »³⁶. La transparence justifie également qu'une distinction claire soit faite entre la péréquation des ressources et la compensation des charges en droit fédéral³⁷. En droit fédéral, la transparence a donc des conséquences matérielles puisqu'elle impose de préférer un modèle de répartition exclusive des tâches. Plus simplement, la transparence suppose que la répartition des compétences repose sur le modèle le moins complexe possible.

3. Efficacité

33. Tout comme la transparence, l'efficacité est un postulat du bon fonctionnement de l'Etat. L'efficacité fait par ailleurs l'objet d'une évaluation (art. 151 al. 1 Cst-GE).
34. L'efficacité est un terme connu dans la science politico-juridique. Elle se définit comme la capacité d'une mesure d'atteindre les objectifs visés par la loi ou la politique

³² FF 2001 p. 2155/2168 ; « Message RPT ».

³³ Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, *St.Galler Kommentar zu Art. 5a Cst.*, n. 11-12.

³⁴ Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, *St.Galler Kommentar zu Art. 5a Cst.*, n. 13.

³⁵ FF 2001 p. 2155/2168.

³⁶ Message RPT, p. 2191.

³⁷ Message RPT, p. 2234.

publique ; elle se mesure par rapport aux résultats, c'est-à-dire à l'ensemble des effets qui sont causalement imputables à une politique publique déterminée³⁸.

35. Dans le domaine de la répartition des tâches entre collectivités, le critère de l'efficacité va de pair avec la notion de subsidiarité, ainsi que cela ressort du Commentaire de l'Assemblée constituante du projet de nouvelle Constitution vaudoise de mai 2002 : « Pour assurer que les tâches de proximité soient assumées à l'échelon le plus proche de la population, cet article pose le principe de la délégation de certaines tâches de l'Etat aux communes en se basant sur le critère de l'efficacité (al. 2). L'Etat doit confier aux communes les tâches qu'elles sont mieux à même d'exécuter, en tenant compte de leur capacité générale à les assumer ; les communes doivent disposer des moyens nécessaires pour remplir ces tâches. »³⁹.

4. Proposition de définitions

36. Au vu de ce qui précède, il s'agirait, partant, de compléter l'Avant-projet avec un article contenant les définitions des principes énoncés à l'art. 133 al. 1 Cst-GE, qui pourrait avoir la teneur suivante :

« Définitions

¹ Le principe de subsidiarité suppose que le canton n'assume une tâche que dans la mesure où il peut mieux s'en acquitter que les communes.

² Le principe de proximité suppose que les tâches publiques doivent s'accomplir au niveau le plus proche du citoyen.

³ Le principe de transparence suppose que la répartition des compétences repose sur le modèle le moins complexe possible, le plus clair et le plus compréhensible pour le citoyen.

⁴ Le principe d'efficacité suppose que le canton confie aux communes les tâches qu'elles sont mieux à même d'exécuter en tenant compte de leur capacité générale à les assumer. »

B. L'AVANT-PROJET SE RÉFÈRE À LA NOTION DE « COLLECTIVITÉ » SANS LA DÉFINIR »

37. L'Avant-projet utilise le terme de « collectivité » aux articles 2 et 3, mais ne le définit pas. Or, cette notion n'est pas directement liée aux communes ou au canton dans la Constitution.
38. L'article 132 al. 1 Cst-GE précise que les communes sont des « collectivités publiques territoriales ». L'article 143 al. 1 Cst-GE mentionne la répartition des responsabilités financières entre les « collectivités publiques ».
39. Les « collectivités » sont les entités voisines situées de l'autre côté de la frontière cantonale ou nationale selon l'article 136 al. 1 Cst-GE. L'article 167 al. 2 Cst-GE indique que les « collectivités » et institutions publiques sont liées par les objectifs de la section de la Constitution consacrée aux énergies, notamment pour leurs investissements et dans l'utilisation de leurs droits sociaux.
40. On constate donc que la notion de « collectivité » est large dans la Constitution. Le terme utilisé dans l'Avant-projet peut être compris comme visant uniquement le canton et les communes, soit avec une portée plus étroite.

³⁸ Alexandre Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », RDAF 2001 I 93/94.
³⁹ Assemblée constituante du Canton de Vaud, Commentaire du projet de nouvelle Constitution, Lausanne 2002

41. En conséquence, l'Avant-projet devrait soit utiliser un autre terme, soit définir la portée qu'il donne au mot « collectivité ».

C. LA CLASSIFICATION DES TÂCHES PREVUE PAR L'AVANT-PROJET DE LOI EST NON CONFORME A LA CONSTITUTION

42. L'Avant-projet désigne trois différentes tâches : les tâches exclusives, les tâches conjointes et les tâches déléguées. Les tâches exclusives sont celles qui ne peuvent être exercées que par une seule collectivité. Les tâches conjointes sont celles qui peuvent être exercées par plusieurs collectivités. Les tâches déléguées sont des tâches exclusives dont l'exécution peut être déléguée à une autre collectivité (art. 2 al. 2 et 3 Cst-GE).

43. Schématiquement, la répartition des compétences se présente donc comme suit :

EXCLUSIVES		CONJOINTES	
<i>(canton)</i>		<i>(communes)</i>	
déléguées		déléguées	
<i>(canton et communes)</i>			

44. A titre de comparaison, les différentes compétences telles que prévues par la Constitution peuvent se schématiser ainsi, les chiffres indiqués dans la première colonne indiquant la méthode de lecture du tableau :

(1.)	Tâches attribuées au canton	Tâches attribuées aux communes
(2.)	Tâches conjointes	
(3.)	Tâches complémentaires	

45. La méthode utilisée dans la Constitution et dans l'Avant-projet est différente : le Constituant a opté pour une simple énumération des différentes tâches, tandis que l'Avant-projet de loi opte pour une classification hiérarchisée, avec comme première distinction les tâches exclusives ou conjointes, et comme seconde distinction, le caractère délégué de certaines tâches exclusives.

46. Si en soi il n'est pas interdit au législateur d'aborder une problématique avec une grille de lecture différente, compte tenu de la marge de manœuvre dont il dispose, il faut en revanche que la substance du texte Constitutionnel ne soit pas dénaturée. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. La répartition des tâches dans l'Avant-projet aboutit à ce que :

- Les tâches exclusives ne peuvent être exercées que par une seule collectivité, canton ou communes ;
- Les tâches conjointes peuvent être exercées par plusieurs collectivités, canton et communes ;
- Les tâches déléguées sont des tâches exclusives qui ont été déléguées à une autre collectivité ;
- Les tâches complémentaires, pourtant prévues par la Constitution, n'existent pas.

47. En définissant des tâches « exclusives », l'avant-projet va au-delà de ce que prévoit l'article 133 al. 2 Cst-GE, qui n'impose pas l'exclusivité. Or, l'exclusivité implique qu'il n'y a plus de place pour une action d'une autre collectivité publique : l'entier du domaine est placé dans la sphère de compétence d'une unique collectivité publique, même si elle n'est pas entièrement exercée. Cette exclusivité exclut des tâches

complémentaires dès lors qu'elle ne laisse aucune place à une intervention d'une autre collectivité publique. En revanche, elle crée un cadre pour la délégation de tâches: puisque la tâche est exclusive, une seule collectivité peut l'exercer à l'exclusion des autres sauf s'il y a délégation ou dérogation (art. 4 de l'Avant-projet).

48. Avec les tâches conjointes, il n'est pas nécessaire d'avoir des tâches complémentaires puisque canton et communes peuvent chacun exercer ces tâches.
49. En conséquence, la structure des tâches prévue par l'Avant-projet est non conforme à la Constitution. D'une part, puisqu'elle pose comme principe l'existence de tâches exclusives alors que la Constitution ne l'impose pas. D'autre part, ce choix non prévu par la Constitution d'avoir des tâches exclusives ou conjointes a pour conséquence d'exclure de droit les tâches complémentaires dont l'existence est imposée par la Constitution.
50. S'agissant de la délégation éventuelle de tâches, l'Avant-projet contient en outre un nombre important d'incertitudes : on ignore si une commune peut déléguer une tâche aux cantons ou si une commune peut déléguer une tâche à une autre commune. Cela résulte notamment du fait que l'Avant-projet ne définit pas ce qu'il entend par « collectivité » et si ce terme vise indistinctement le canton et les communes. De plus, l'Avant-projet exige uniquement que la délégation repose sur un contrat de prestations. On peut s'interroger sur la légalité d'un tel instrument⁴⁰.

D. LE MECANISME DE DEROGATION DE L'ART. 4 AVANT-PROJET EST VICIE

51. L'art. 4 Avant-projet prévoit qu'*« une commune ou communauté de communes qui souhaite exercer une tâche exclusive qui ne lui est pas attribuée peut en demander l'autorisation au Conseil d'Etat, en sa qualité d'autorité de surveillance des communes. Le Conseil d'Etat statue par voie d'arrêté en fixant les conditions de la dérogation »* (art. 4 al. 1 & 2 Avant-projet).
52. Cette norme se fonde sur l'existence d'une tâche exclusive cantonale, qui n'est pas déléguée. Dans un tel cas, en principe, il n'y a plus de place pour une tâche communale, dès lors que le canton s'est attribué l'exclusivité de la compétence.
53. Selon l'article 4, une commune peut demander une dérogation à l'exclusivité. Les conditions de la dérogation sont alors, d'une part, les conditions « facultatives » fixées par le Conseil d'Etat et, d'autre part, les conditions « obligatoires » imposées par l'article 4. S'il s'agit d'une prestation financière, elle doit être offerte non seulement à la population de la commune à laquelle la tâche est déléguée mais tous les habitants du canton. S'il s'agit d'une autre prestation, non financière, la commune à laquelle la tâche est déléguée doit verser le montant de la ligne budgétaire pour cette prestation à un fonds intercommunal: doublement du coût de la prestation.
54. Ces conditions obligatoires rendent totalement illusoire l'existence même d'une dérogation. Elles reviennent à imposer à une commune de réaliser l'équivalent d'une tâche cantonale sans en avoir les ressources. C'est inconcevable pour les petites communes. C'est irréaliste pour les communes ayant des ressources financières plus importantes.
55. Cette disposition apparaît comme un instrument visant à empêcher dans les faits les communes d'exercer une compétence dans le champ qui resterait libre en dépit de l'existence d'une compétence cantonale. Elle revient à exclure, même sous forme de dérogation, tout exercice de compétence complémentaire par une commune. Ceci, de nouveau de manière contraire à la Constitution.

⁴⁰ ATF 138 II 134, consid. 5.1 et ATF 137 II 409, consid. 6, étant précisé que dans ces deux arrêts la question se posait au regard du transfert du pouvoir de décider à un organisme privé.

E. LA SURVEILLANCE EXERCEE PAR LE CONSEIL D'ETAT PERMET L'APPLICATION D'UN SYSTEME CONTRAIRE A LA CONSTITUTION

56. Selon l'article 5 de l'Avant-projet, le Conseil d'Etat surveille la mise en oeuvre de la répartition des tâches et peut annuler, par voie d'arrêté, les lignes budgétaires ne respectant pas la répartition des tâches telle que prévue par la loi spéciale, après avoir mis en demeure les collectivités et institutions publiques de respecter la législation en vigueur dans un délai de trente jours.
- F. Cette disposition fait du Conseil d'Etat le gardien de la répartition des tâches en lui permettant d'annuler les postes du budget communal attribué à des tâches non conformes à la loi. Cette compétence très incisive n'est pas compatible avec la Constitution dans la mesure où elle permet au Conseil d'Etat d'imposer l'application d'une répartition inconstitutionnelle des tâches. **LES DISPOSITIONS FINANCIÈRES SONT INCOMPLÈTES ET INSUFFISANTES.**
57. Nous sommes très réservés quant à la mise en œuvre des articles 9 à 12 sur la nouvelle répartition financière résultant de l'allocation modifiée des tâches qui devrait intervenir.
58. En effet, ces dispositions sont très générales et ne tiennent pas compte de toutes les situations qui risquent de se présenter.
59. Les principes d'évaluation de la valeur réelle des tâches transférées ne sont pas déterminés. Par exemple, si une commune transfère une institution au canton avec le bâtiment qui lui est affecté, il faut tenir compte des frais d'exploitation, des frais uniques ou répétitifs de transfert du personnel (changement de caisse de pension et adaptation éventuelle des salaires), frais d'entretien de l'immeuble, etc... Dans le même article, le texte est muet sur le transfert de la charge financière différée si l'immeuble est en mauvais état en raison d'un manque d'entretien par la collectivité publique qui le transfère et nécessite d'importants travaux de rénovation. Ces points devront être éclaircis.
60. De même, les dispositions de l'Avant-projet ne prennent pas en considération l'évolution des charges en raison de la définition des tâches. Si une tâche, définie par la loi cantonale, passe du canton à une commune, et est valorisée à ce moment à 100, les dispositions de l'Avant-projet imposent de retenir cette valeur de 100. Or, si peu après, le droit cantonal est modifié et la tâche étendue avec pour conséquence un passage de la charge de 100 à 150, l'Avant-projet ne permet pas d'adaptation des ressources fiscales correspondantes. Cette question devra être précisée.
61. La gestion du transfert des charges posera également un problème non résolu par l'Avant-projet en cas de transfert d'une tâche exercée par une seule commune au canton. Dans ce cas, si la ressource fiscale de la commune concernée doit diminuer de manière correspondant à la valeur de la tâche exercée, les impôts cantonaux augmenteront de manière correspondante avec un impact sur l'ensemble de la population du canton et non seulement la population de la commune concernée.
62. Ces exemples ne sont pas exhaustifs. L'Association des communes genevoises ne peut donc que réserver sa position tant que ces questions ne seront pas clarifiées.
63. Au surplus, nous relevons que l'article 12 al. 1 de l'Avant-projet prévoit l'intervention de la Cour des comptes lors de la balance des évaluations des coûts des tâches transférées, qui est effectuée en vue d'une bascule fiscale. Son avis est censé être pris en compte par le Conseil d'Etat lorsqu'il décide une modification des taux de centimes additionnels.
64. La Cour des comptes est uniquement consultée et son avis ne lie pas le Conseil d'Etat.

65. Nous comprenons que l'Avant-projet prévoit qu'elle donne cet avis comme organe de « contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des communes » (art. 128 al. 1 Cst-GE). Nous estimons toutefois que cette compétence de préavis ne relève pas du champ des compétences actuelles de la Cour des Comptes. Si cette compétence devait être maintenue, la Constitution devrait être modifiée sur ce point. Nous sommes opposés au caractère exécutoire nonobstant recours de l'Arrêté du Conseil d'Etat. Nous estimons que cette mesure est injustifiée et susceptible de rendre plus difficile un éventuel contrôle judiciaire. Nous contestons également la suppression du référendum qui porte atteinte aux droits politiques des électeurs des communes concernées

III. CONCLUSIONS

En conclusion, nous demandons que les remarques, ajouts ou corrections que nous vous soumettons ce jour soient pris en compte dans l'Avant-projet que vous nous avez transmis. Celui-ci ne peut, en l'état, servir de cadre aux travaux relatifs à une nouvelle répartition des tâches entre le canton et les communes.

Nous souhaitons que les principes généraux de la loi soient définis au préalable de manière à permettre une concertation conforme à la Constitution.

Nous demandons ensuite que le texte de l'Avant-projet soit modifié pour être rendu conforme à la Constitution.

Par ailleurs si, dans le futur, un transfert des compétences devait se faire de manière complémentaire, nous demandons que celui-ci suive un processus de concertation comme défini dans la Constitution.

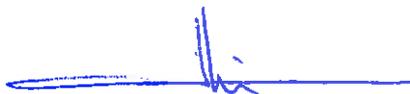
Enfin, pour que le travail puisse avancer de manière concrète, il convient de disposer d'une proposition pour la future répartition des compétences avec l'indication des modifications proposées pour la LAC.

Au vu de ce qui précède, nous vous prions d'ouvrir rapidement une discussion, constructive, afin de définir ensemble les principes généraux, puis de déterminer de manière précise le cadre financier de transfert des tâches.

Nous vous proposons que ce travail soit mené, dans le respect de l'exigence constitutionnelle de concertation, par le comité de pilotage paritaire entre les représentants du canton et ceux des communes (ACG).

Vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre haute considération.

Le Directeur général adjoint



Thierry Gauthier

La Présidente



Catherine Kuffer-Galland