

MESSAGE 2014-DIAF-9
du Conseil d'Etat au Grand Conseil
accompagnant le projet de loi sur la médiation
administrative (LMéd)

4 novembre 2014

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi sur la médiation administrative. Ce projet de loi met en œuvre l'article 119 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004¹ dont le libellé est le suivant : « *Médiation : Le Conseil d'Etat institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant* ».

La concrétisation de cette disposition constitutionnelle constitue le projet numéro 30 de la planification décidée par le Conseil d'Etat dans le cadre du programme de mise en œuvre de la Constitution.

1	Généralités	2
1.1	<i>Notion</i>	2
1.2	<i>Distinctions</i>	3
1.2.1	Médiation et ombudsman	3
1.2.2	Médiation et conciliation	3
2	Survol de la législation	4
2.1	<i>Au niveau international</i>	4
2.2	<i>Au niveau fédéral</i>	4
2.2.1	Le projet de Bureau fédéral de médiation	4
2.2.2	Les institutions de médiation spécifiques au sein de l'administration fédérale	5
2.3	<i>Au niveau cantonal</i>	6
2.3.1	Bâle-Ville	6
2.3.2	Bâle-Campagne	6
2.3.3	Zurich	6
2.3.4	Zoug	6
2.3.5	Vaud	7
2.3.6	Genève	7
2.4	<i>Au niveau communal</i>	8
3	L'utilité et les risques de la médiation administrative	8
3.1	<i>L'utilité de la médiation administrative</i>	8
3.2	<i>Les risques de la médiation administrative</i>	8
4	Vers l'instauration d'un organe de médiation administrative dans le canton de Fribourg	9
4.1	<i>Les interventions parlementaires</i>	9
4.1.1	Le postulat Louis-Marc Perroud	9
4.1.2	Le postulat Beat Vonlanthen / Marie-Louise Rudaz-Spicher	9
4.1.3	La motion Louis Duc	9

¹ CstFR; RSF 10.1.

4.2	<i>La genèse de l'article 119 de la Constitution</i>	10
4.3	<i>Un médiateur ou un ombudsman ?</i>	10
4.4	<i>La genèse du projet de loi</i>	10
5	Les résultats de la consultation	11
5.1	<i>Quelques remarques ou réflexions régulièrement formulées</i>	11
5.2	<i>Les aménagements issus de la consultation</i>	13
5.3	<i>Les propositions écartées en tout ou en partie</i>	14
5.3.1	L'exclusion des procédures administratives pendantes	14
5.3.2	La concrétisation du rôle de médiation du préfet dans les affaires communales	16
5.3.3	Certaines exclusions, jugées inappropriées, du champ d'application	17
5.3.4	L'obligation d'être d'origine suisse	19
6	Les grandes lignes du projet	19
6.1	<i>La médiation administrative sur le plan cantonal</i>	19
6.2	<i>La médiation administrative sur le plan communal</i>	20
7	Commentaire des articles du projet de loi	20
8	Les conséquences du projet	30
8.1	<i>La conformité à la constitution du canton de Fribourg</i>	30
8.2	<i>Le programme de législature</i>	31
8.3	<i>Les conséquences financières et en personnel</i>	31
8.4	<i>Les conséquences sur les relations entre l'Etat et les communes</i>	31
8.5	<i>La conformité au droit fédéral et l'eurocompatibilité</i>	31
8.5.1	Le droit fédéral	31
8.5.2	Le droit européen	31
8.5.3	Le Conseil de l'Europe	31
8.6	<i>Les incidences sur le développement durable</i>	32

1 GÉNÉRALITÉS²

1.1 Notion

La médiation est usuellement définie comme un processus dans lequel une tierce personne, le médiateur ou la médiatrice, se joint aux parties et à leurs avocats afin d'aider les premières à communiquer et à négocier effectivement une solution volontaire à leur conflit³. La médiation administrative a cependant ceci de particulier qu'elle consiste en un moyen de résoudre un conflit entre un ou plusieurs usagers et une collectivité publique. Dans ce contexte, elle *n'a pas* pour but de

²Cf. Alexis OVERNEY, *La médiation en matière administrative*, in : La médiation dans l'ordre juridique suisse, Bâle 2011, p. 191ss.

³Otmar SCHNEIDER, *Grundlegendes zu Einigung und Mediation*, in : Justice-Justiz-Giustizia 2010/4, p. 7 ss, 8 ; Nancy A. WELSH, *The Importance of Context in Comparing the Worldwide Institutionalization of Court-Connected Mediation*, in : Arnold Ingen-Housz (ed.), *ADR in Business, Practice Across Countries and Cultures*, Vol. II, Netherlands 2011, p. 120 ; pour un exposé des différentes définitions adoptées en doctrine, v. Ulrike RÜSSEL, *Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren*, Baden-Baden, 2003 (cité : RÜSSEL), p. 76 s.

se substituer à l'action souveraine de l'Etat, qui doit pouvoir imposer sa volonté par des décisions administratives prises dans le respect des droits procéduraux, en particulier le droit d'être entendu et l'aménagement de voies de recours. La médiation administrative ne tend par conséquent pas à remplacer la décision administrative et le résultat de la médiation ne peut en aucun cas mener à une « simple » transaction⁴. Au contraire, la médiation s'inscrit dans le processus de décision et vise, dans ce cadre, à atteindre les objectifs suivants :

- permettre une meilleure information des personnes participantes et plus de transparence ;
- améliorer la qualité des décisions de l'administration ;
- assurer une collaboration en vue de la résolution des conflits de manière utile pour tous ;
- permettre une acceptation durable des résultats par toutes les personnes participantes⁵.

1.2 Distinctions

1.2.1 Médiation et ombudsman

Tandis que le médiateur ou la médiatrice doit uniquement accompagner les parties en vue d'une solution amiable au conflit, le rôle de l'ombudsman peut s'approcher de celui d'un surveillant ou d'une surveillante de l'administration. Le médiateur ou la médiatrice n'intervient qu'avec l'accord de toutes les parties (tant l'administration que les parties privées) et en principe sur décision de l'autorité⁶. Par contre, l'ombudsman intervient soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une personne qui se plaint du fonctionnement de l'administration. L'administration n'a par conséquent d'autre choix que de se soumettre à l'examen de l'ombudsman⁷. Certaines lois cantonales instituant un ombudsman lui confient également des tâches de médiation : si la médiation n'aboutit pas, l'ombudsman peut émettre des recommandations⁸.

Le risque de confusion entre médiateur ou médiatrice et ombudsman est d'autant plus important que la législation et la doctrine utilisent parfois improprement un terme pour l'autre.

1.2.2 Médiation et conciliation

La médiation est pratiquée par une tierce personne en principe neutre et extérieur à l'administration et au système judiciaire, tandis que la conciliation est en général pratiquée par le ou la juge ou l'autorité administrative à titre de mode préliminaire et amiable de règlement des conflits⁹.

La conciliation est connue par le droit de procédure administrative de certains cantons. Dans le canton de Fribourg, par exemple, elle est prévue dans les termes suivants dans le cadre de la procédure de recours : « *L'autorité de recours peut rechercher la conciliation des parties si l'affaire s'y prête et si l'intérêt public ou de tiers ne s'y oppose pas* »¹⁰.

⁴Thomas PFISTERER, *Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozess*, in : PJA/AJP 2008, p. 3 ss, 6.

⁵RÜSSEL, p. 94 ; dans le même sens, Karine SIEGWART, *ad art. 33b*, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *VwVG : Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich 2009, n. 23 (cité : SIEGWART, *ad art. 33b*).

⁶Christine GUY-ECABERT, *La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petit historique d'un pari sur l'indépendance*, in : PJA/AJP 2009, p. 47 ss (cité : GUY-ECABERT, PJA), p. 52. Il est cependant envisageable que l'autorité se contente de prendre acte du processus de médiation sans y apporter véritablement sa caution : dans ce cas, elle peut ou non suspendre une éventuelle procédure en cours.

⁷Karin SIEGWART, *Ombudsstellen und Mediation*, in : ZBI 2002, p. 561 ss, 571 (cité : SIEGWART, ZBI).

⁸François BELLANGER et Aurélie GAVILLET, *Le règlement amiable des différends en matière administrative*, Fiche juridique suisse 916, Genève 2013.

⁹Thomas PFISTERER, *Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33b VwVG*, in : *Justice-Justiz-Giustizia* 2010/4, p. 13 ss, 20.

¹⁰Voir l'art. 92 du Code de procédure et de juridiction administrative du canton de Fribourg (CPJA; RSF 150.1).

2 SURVOL DE LA LÉGISLATION¹¹

2.1 Au niveau international

La fonction d'ombudsman est apparue pour la première fois en Suède au début du XIXe siècle. Compte tenu de ses résultats concluants, cette institution s'est très vite répandue. Elle existe aujourd'hui également aux États-Unis, en Amérique du Sud, en Afrique, en Asie, en Australie et en Europe.

Au niveau européen, le Médiateur européen a été institué en 1995 par le Traité de Maastricht afin de traiter les plaintes concernant la mauvaise administration des institutions et organes de l'Union européenne.

La plupart des pays d'Europe se sont dotés d'ombudsmans (Finlande, Danemark, Norvège, République fédérale d'Allemagne, Islande, Grande-Bretagne, Irlande du Nord, Pays-Bas, France, Italie, Portugal, Autriche, Espagne, Pologne, Belgique, Russie).

Quelle que soit leur appellation¹² et leurs particularités, les ombudsmans ont en commun d'être des organes non juridictionnels indépendants du pouvoir exécutif, pouvant être saisis gratuitement de réclamations des administrés contre la puissance publique, disposant pour les traiter de pouvoirs d'instruction, de recommandation, de proposition et de pression, à l'exclusion de pouvoirs de décision, d'annulation ou de substitution. Mais, à l'intérieur de ce cadre, il existe de grandes diversités. On peut distinguer deux catégories d'ombudsmans :

- a) La plupart sont des « *ombudsmans parlementaires* ». Elus par le parlement, ils sont un moyen pour ce dernier de contrôler l'exécutif ; pouvant être directement saisis par les citoyens, et même parfois s'autosaisir, bénéficiant d'une grande notoriété et de la confiance populaire, ils sont en outre souvent chargés de protéger les droits et libertés fondamentales des citoyens.
- b) Les organes anglo-saxons se rattachent plutôt à la catégorie des « *ombudsmans administratifs* », nommés par le pouvoir exécutif pour améliorer les relations quotidiennes des services publics avec les administrés.

2.2 Au niveau fédéral

2.2.1 Le projet de Bureau fédéral de médiation

Depuis les années 70, la création d'un service fédéral de médiation a été âprement discutée. Les discussions se sont intensifiées après les événements tragiques qui se sont produits à Zoug le 27 septembre 2001. Les interventions parlementaires dans ce sens ont été nombreuses¹³, de même que les diverses tentatives de donner existence au projet, sans succès jusqu'à aujourd'hui. Parmi ces nombreuses interventions et tentatives, notons la mise en consultation, en 2003, d'un avant-projet de loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation. Le projet prévoyait d'instituer un Bureau fédéral de médiation dont la vocation était de renforcer la confiance du public envers les institutions de la Confédération, de faciliter les rapports entre eux, de contribuer à régler de façon simple les conflits entre eux et à encourager les autorités à être plus proches des citoyens. Elu-e par l'Assemblée fédérale et rattaché administrativement aux Services du Parlement, le médiateur ou la médiatrice

¹¹ Ce survol de la législation a été notamment rédigé sur la base d'un « Tableau récapitulatif des différentes instances de médiation en Suisse », établi par le Département de la sécurité et de l'économie de la République et canton de Genève. Ce tableau avait été annexé aux documents mis en consultation.

¹² Ombudsman, défenseur du peuple, avocat du peuple, protecteur du peuple, défenseur des droits du citoyen, défenseur civique, protecteur du citoyen, commissaire parlementaire, etc.

¹³ 10513, Postulat Fischer du 14 décembre 1970; 76.486, Postulat Schlacher; 77.225 Postulat de la Commission du Conseil national; 88.333, Motion Gadiant; 01.3319, Postulat Donzé; 01.3492, Motion Zisyadis; 02.431, Initiative parlementaire Jossen; 03.1067, Question ordinaire Cina; et pour la création d'un service de médiation pour les droits de l'homme 98.445, initiative parlementaire Fankhauser.

devait être indépendant-e, soumis-e au secret de fonction et diriger l'administration du Bureau. Ses tâches auraient été de conseiller les administrés, d'intervenir dans les conflits de l'administration avec ses citoyens, de faire des propositions concrètes aux autorités fédérales pour faciliter leurs contacts avec les citoyens et émettre des avis et recommandations sans toutefois pouvoir rendre des décisions et donner des instructions. Par ailleurs, il ou elle aurait dû adresser chaque année aux Commissions de gestion un rapport d'activité, destiné à être publié, qui permette à celles-ci d'exercer leur rôle de surveillance sur le service de médiation.

2.2.2 Les institutions de médiation spécifiques au sein de l'administration fédérale

Les institutions les plus anciennes remplissent avant tout des fonctions de surveillance. Première institution assimilable à une instance de médiation, *le Surveillant ou la Surveillante des prix*. Lorsqu'il ou elle constate un abus, il ou elle s'efforce de parvenir à un règlement amiable avec l'auteur-e de l'abus allégué; ce règlement n'est soumis à aucune forme¹⁴. La *FINMA* et la *Commission fédérale de la consommation* jouissent d'attributions analogues. La première intervient quand il se crée une situation susceptible de porter préjudice aux assuré-e-s ou aux consommateurs et consommatrices¹⁵. La seconde assiste le Conseil fédéral et les départements dans les questions touchant les droits des consommateurs et consommatrices et encourage la collaboration entre les milieux intéressés en vue de résoudre les questions touchant à la consommation¹⁶. Créé en 1988, *le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes* peut conseiller les particuliers et les autorités et émettre des recommandations¹⁷. La loi ne confère cependant audit Bureau aucun mandat de médiation, et les offices de conciliation sont cantonaux. *Le Préposé ou la Préposée à la protection des données*, qui peut intervenir aussi bien dans les relations entre les particuliers et l'administration que dans les relations entre les particuliers et des institutions privées traitant des données, est proche du service de médiation administrative traditionnelle, à cette différence près qu'il ou elle ne dispose pas de compétences de médiation. S'il ou elle soupçonne une violation des textes régissant la protection des données, le Préposé ou la Préposée peut recommander à l'organe fédéral concerné de modifier les opérations de traitement des données, ou d'y mettre fin. Il est vrai qu'il ou elle ne dispose pas de compétence décisionnelle, mais il ou elle peut saisir le département concerné ou la Chancellerie fédérale¹⁸. En 2004, le Parlement fédéral a adopté la loi sur la transparence¹⁹, dont le but est de promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels²⁰. Pour permettre la liquidation d'un grand nombre de cas litigieux sans qu'il faille rendre une décision et passer par les différentes étapes de la procédure administrative, la loi a introduit une procédure de médiation²¹. Avec l'adoption de cette loi, le Préposé ou la Préposée à la protection des données est devenu « *Préposé-e à la protection des données et à la transparence* »²². Dans le domaine de l'asile et des étrangers, il existe plusieurs institutions proposant des conseils: *la Commission fédérale pour les questions de migration*, *la Commission fédérale contre le racisme* et *le Service de lutte contre le racisme*. *Les Commissions de gestion du Parlement fédéral* qui répondent chaque année à une centaine de questions ou requêtes émanant de citoyens et citoyennes, assument elles aussi des fonctions relevant de la médiation. La loi fédérale sur *l'expropriation*²³ et

¹⁴ Art. 9 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (RS 942.20).

¹⁵ Art. 46 al. 1 let. g de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01).

¹⁶ Art. 9 de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (RS 944.0).

¹⁷ Art. 16 al. 2 lit. c et d de la loi fédérale sur 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

¹⁸ Art. 27 al. 5 de la loi fédérale sur 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1).

¹⁹ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3).

²⁰ Art. 1 LTrans.

²¹ Art. 13 LTrans; Message du Conseil fédéral du 12 février 2003, FF 2003, p. 1859.

²² Art. 18 LTrans.

²³ LEx; RS 711.

l'ordonnance relative à la procédure devant les commissions fédérales d'estimation²⁴ ont introduit une procédure de conciliation. Enfin, il existe depuis plusieurs années déjà, au sein de *la Chancellerie fédérale*, un service chargé de répondre aux questions du public: bien qu'interlocuteur plutôt qu'entremetteur, il joue aussi un rôle analogue à celui de médiateur.

2.3 Au niveau cantonal

2.3.1 Bâle-Ville

Le canton de Bâle-Ville a instauré un ombudsman. Celui-ci ou celle-ci est chargé-e, selon l'article 1 de la loi sur le traitement des doléances face à l'Etat par un ombudsman²⁵, « *d'améliorer la protection des droits constitutionnels et légaux des particuliers et de renforcer le contrôle parlementaire sur les services administratifs de l'Etat* ». On a affaire à un ombudsman au sens propre du terme, qui se distingue clairement d'un médiateur ou d'une médiatrice : ses tâches sont en effet plus celles d'un surveillant ou d'une surveillante de l'administration que celles d'une tierce personne neutre dont la fonction serait de permettre un règlement amiable des litiges entre administré-e-s ou entre administré-e-s et administration. L'article 1 al. 2 let. a de la loi ouvre cependant la voie à une médiation dès lors que l'ombudsman peut « *proposer et mener une médiation entre les parties en présence* ».

2.3.2 Bâle-Campagne

Le canton de Bâle-Campagne connaît lui aussi l'institution de l'ombudsman depuis la fin des années 1980. Les tâches de celui-ci ou de celle-ci sont explicitées dans la loi cantonale topique²⁶. Elles sont très similaires à celles de l'ombudsman du canton de Bâle-Ville, sauf que le recours à la médiation n'est pas prévu.

2.3.3 Zurich

Le canton de Zurich a intégré la réglementation de l'ombudsman (traduit par le terme de médiateur) dans sa *Verwaltungsrechtspflegegesetz*²⁷. Ces dispositions ont été adaptées suite à l'adoption, le 27 février 2005, de l'article 81 de la nouvelle Constitution cantonale qui étend le champ des compétences de l'*Ombudsperson* aux activités de l'ensemble de l'administration. Selon l'article 89 de la loi, les attributions du médiateur sont de vérifier « *si les autorités procèdent selon la justice et l'équité* ». Ainsi, dans le canton de Zurich non plus, on n'a pas affaire à un véritable médiateur ou une véritable médiatrice, mais bien à un ombudsman : il est saisi par les administrés ou agit d'office en vue de mener une enquête sur le fonctionnement de l'administration et, le cas échéant, donner des conseils à l'administré-e, discuter l'affaire avec les autorités ou émettre une recommandation à l'intention de l'autorité examinée.

2.3.4 Zoug

Le canton de Zoug a adopté, le 27 mai 2010, une loi sur l'*Ombudsstelle*²⁸. Cette institution a pour but de renforcer la confiance entre la population et les organes chargés de tâches de droit public aux niveaux cantonal et communal et en particulier de résoudre les conflits entre ces derniers et les personnes privées. Ses tâches sont très larges : elle peut ainsi donner des conseils aux administré-e-s, agir en tant que médiateur ou médiatrice en cas de conflits entre des personnes privées et

²⁴ RS 711.1.

²⁵ Loi sur le traitement des doléances face à l'Etat par un ombudsman, du 13 mars 1986 ; 152.900.

²⁶ Gesetz über den Ombudsmann vom 23. Juni 1988 ; 29.704.

²⁷ Verwaltungsrechtspflegegesetz du 24 mai 1959 ; 75.2.

²⁸ Gesetz über die Ombudsstelle (Ombudsgesetz) vom 27. Mai 2010 (156.1).

l'administration ainsi que pour la résolution des conflits de personnel de l'Etat, examiner des plaintes et réclamations d'administré-e-s et émettre des recommandations à l'intention des détenteurs ou détentrices de l'autorité publique. Elle a ainsi tant des attributions propres à un véritable ombudsman que des attributions qui relèvent de la médiation. La nature mixte de cette institution découle également de la manière de saisir l'ombudsman. Ainsi, l'article 5 de la loi prévoit la saisine par les administré-e-s et les employé-e-s, d'une part, par le détenteur ou la détentrice de tâches publiques, de l'autre.

2.3.5 Vaud

Le canton de Vaud a adopté, le 19 mai 2009, une loi sur la médiation administrative²⁹. Cette loi vise à donner une assise légale au Bureau cantonal de médiation administrative et au Bureau cantonal de médiation en matière d'administration judiciaire, qui avaient débuté leurs activités respectivement en 1998 et en 2003 sur la base de deux arrêtés du Conseil d'Etat. Le législateur a décidé de joindre les deux institutions en une seule. La loi institue un médiateur ou une médiatrice chargé-e d'aider les usagers et les usagères dans leurs rapports avec les autorités et l'administration et de servir d'intermédiaire lors de différends, de favoriser la prévention ainsi que la résolution à l'amiable des conflits entre les autorités et l'administration d'une part, et les usagers et usagères d'autre part, d'encourager les autorités et l'administration à favoriser de bonnes relations avec les usagers et usagères, de contribuer à améliorer le fonctionnement des autorités et de l'administration et enfin d'éviter aux autorités et à l'administration des reproches infondés. Le médiateur ou la médiatrice peut être saisi-e par une personne physique ou morale ou par une autorité. Son intervention peut s'inscrire dans le cadre d'une procédure en cours ou après la clôture de la procédure. Il ou elle procède à un examen afin de déterminer les faits, de permettre aux personnes et autorités de communiquer et d'évaluer la mesure critiquée. Fondée sur son examen, il ou elle recherche, avec les personnes et les autorités concernées, une solution de nature à leur donner satisfaction et à éliminer les dysfonctionnements des autorités. Il ou elle peut, selon les cas, donner des conseils à la personne qui l'a saisi-e, prendre position, faire une recommandation aux autorités ou informer les supérieures-hiérarchiques ou d'autres autorités concernées. L'instance de médiation du canton de Vaud a ainsi une double nature. D'une part, il s'agit d'un ou d'une véritable médiateur ou médiatrice, dont la fonction est de faciliter le règlement amiable des conflits entre particuliers et administration. D'autre part, une partie importante de ses tâches relève non pas de la médiation au sens propre, mais bien de l'institution de l'ombudsman, puisque le but est d'améliorer le fonctionnement des autorités administratives.

2.3.6 Genève

Le Conseil d'Etat du canton de Genève a transmis en septembre 2013 au Grand Conseil genevois un projet de loi instituant une instance de médiation dans le canton de Genève.

La création de cet organe de médiation est l'une des innovations de la nouvelle Constitution cantonale genevoise (art. 115), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013. Indépendante, cette instance sera chargée de traiter les différends entre l'administration et les administrés. Son but est notamment celui de freiner la multiplication des procédures judiciaires. Tel que le prévoit le projet de loi, le ou la responsable de cette instance sera nommé par le Grand Conseil, ceci afin de lui conférer une légitimité supplémentaire pour accomplir sa mission. Telle qu'elle est pour l'heure prévue dans le projet de loi, la médiation pourra concerner l'administration cantonale, les administrations municipales et les institutions de droit public. Cette instance ne disposera pas de moyens coercitifs. Le coût de la structure à mettre sur pied a pour l'heure été évalué à 500 000 francs par an.

²⁹ RSV 170.31.

Le projet de loi fait actuellement l'objet d'un examen par la Commission législative du Grand Conseil du canton de Genève.

2.4 Au niveau communal

Les villes de Zurich (depuis 1971), Berne (depuis 1996), Winterthur (depuis 1997), Saint-Gall (depuis 2005) et Rapperswil-Jona (depuis 2010) disposent d'un service de médiation communal.

3 L'UTILITÉ ET LES RISQUES DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE

3.1 L'utilité de la médiation administrative

Face notamment à l'augmentation de la densité législative, à l'évolution de la vie en société, à la plus grande mobilité des personnes et des biens, aux attentes croissantes du citoyen ou de la citoyenne face aux collectivités publiques, la question se pose de savoir si, à terme, l'Etat parviendra encore dans la majorité des situations, comme c'est encore le cas actuellement, à faire accepter ses décisions par les administré-e-s. Certes, ceux-ci et celles-ci disposent de voies de recours pour tenter de faire prévaloir leur point de vue. Leur usage se réduit cependant à la critique, en fait ou en droit, d'une décision alors que, très souvent, c'est son opportunité qui est en cause.

La médiation administrative constituerait alors l'un des moyens d'éviter qu'une procédure administrative ne s'enlise ou que l'administré-e éprouve de la frustration parce qu'il ou elle a mal compris ou mal interprété une décision. D'abord, en sa qualité de tiers non touché par la procédure, le médiateur ou la médiatrice s'efforce d'amener les parties à *renouer le dialogue et à rétablir un climat de confiance*. Ensuite, il ou elle est à même *d'orienter*, de manière précise et complète, *le citoyen ou la citoyenne sur le fonctionnement de l'administration et sur les règles en vigueur*. Enfin, par son action, le médiateur ou la médiatrice est en mesure de décharger les services de l'Etat d'un certain nombre de tâches d'explication. C'est dire que l'instance de médiation constitue *un instrument au service de l'efficacité de l'Etat*.

3.2 Les risques de la médiation administrative

La médiation administrative n'est cependant pas exempte de risques, qui ont d'ailleurs conduit de nombreux cantons à faire preuve de scepticisme lors de la procédure de consultation de l'avant-projet de loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation. Le *médiateur ou la médiatrice pourrait d'abord être tenté-e de se substituer au juge*, sans offrir aux parties en conflit des garanties de procédure, en particulier le droit d'être entendu, le principe de la procédure contradictoire et la publicité de la procédure. Ce n'est cependant pas le rôle du médiateur ou de la médiatrice. *« Il n'est pas un expert chargé de mettre du sens dans la décision des parties, mais bien plutôt un interlocuteur capable d'instaurer un processus équitable et radicalement dialogique qui les amène à assumer elles-mêmes la responsabilité de leur décision »*³⁰. Un autre danger réside ensuite dans *le manque de respect réciproque*.

Il s'agit de réfléchir à ce que l'administration et le citoyen ou la citoyenne croient y gagner et à ce qu'ils ou elles peuvent y perdre. Pour l'administration, les insatisfactions que pourrait causer une médiation infructueuse ne manqueraient pas de rejaillir sur elle. Le médiateur ou la médiatrice ne disposant d'aucun pouvoir de coercition, les illusions que pourrait nourrir, chez le citoyen ou la citoyenne, le recours à une telle instance s'évanouiraient avec une issue non conforme à ses attentes. Le médiateur ou la médiatrice finirait par être perçu comme un ou une auxiliaire de l'administration. L'administration et la médiation doivent donc se démarquer soigneusement l'une

³⁰ Christine GUY-ECABERT, Contexte et perspectives de la médiation, plaidoyer 5/06, p. 50.

de l'autre. Elles ne sont ni concurrentes ni subordonnées, mais complémentaires. C'est ce délicat et fragile équilibre qui devra germer de la loi et, surtout, de la pratique.

A défaut d'être encadrée par un texte clair, la médiation administrative pourrait enfin se fondre dans un vaste service public d'assistance floue, ce qui en entraînerait la dénaturation. Pour éviter une alimentation démesurée de ses services ou des désillusions, *il appartiendra au médiateur ou à la médiatrice de circonscrire son action au cadre légal strict qui lui sera dévolu et de rappeler, systématiquement, son rôle et les limites de son pouvoir d'action.*

4 VERS L'INSTAURATION D'UN ORGANE DE MÉDIATION ADMINISTRATIVE DANS LE CANTON DE FRIBOURG

4.1 Les interventions parlementaires

4.1.1 Le postulat Louis-Marc Perroud³¹

Dans son postulat, le député Louis-Marc Perroud sollicitait le Conseil d'Etat d'établir un rapport relatif à la création d'une fonction de médiateur ou de médiatrice qui traiterait notamment de la question de l'organisation, des coûts et des domaines d'intervention. Dans sa réponse du 5 mai 1991, le Conseil d'Etat relevait que plusieurs cantons (Soleure, Saint-Gall, Grisons, Argovie, Jura) avaient décidé de ne pas créer une institution d'ombudsman ou d'établir un organisme de médiation. Il considérait que le préfet remplissait déjà le rôle de médiateur et qu'il était plus important que chaque citoyen ou citoyenne reçoive un accueil convenable lorsqu'il ou elle s'adresse aux services de l'Etat. Il proposait en conséquence le rejet du postulat³².

4.1.2 Le postulat Beat Vonlanthen / Marie-Louise Rudaz-Spicher³³

Le 9 novembre 2001, le Grand Conseil a pris acte du rapport du Conseil d'Etat suite au postulat Beat Vonlanthen / Marie-Louise Rudaz-Spicher concernant la création de la fonction de «*médiateur/trice*». Ce postulat, initialement déposé sous forme de motion, avait été pris en considération par 59 voix contre 26 le 19 novembre 1998. Dans son rapport, le Conseil d'Etat a proposé de transmettre cet objet à la Constituante, ce qui n'a pas été contesté. Il a notamment relevé que le fait de faire figurer le service de médiation dans la Constitution donnerait à celui-ci une légitimité accrue.

4.1.3 La motion Louis Duc³⁴

Dans sa réponse du 9 septembre 2003³⁵, le Conseil d'Etat, après avoir relevé l'intérêt d'une telle institution, souhaitait poursuivre ses travaux afin de pouvoir établir si et dans quelle mesure elle était de nature à améliorer de manière sensible les relations entre l'administration de l'Etat et la population, en comparaison des coûts qu'elle risquait d'engendrer. Il relevait une fois encore que le projet de Constitution mentionnait la création d'un organe de médiation indépendant. Il concluait en estimant que cette structure devait être suffisamment souple pour répondre aux besoins évolutifs auxquels elle devrait faire face, tout en tenant compte également des moyens limités, en particulier financiers, qu'il y aurait lieu de mettre en place. Il proposait dès lors le rejet de la motion.

³¹ Postulat Louis-Marc Perroud n° 254.91 relatif à la création d'une fonction de médiateur du 22 mai 1991.

³² Réponse du Conseil d'Etat à la motion Louis Marc Perroud du 5 mai 1992.

³³ Postulat Beat Vonlanthen / Marie-Louise Rudaz-Spicher n° 038.98, BGC 2001, p. 1630 ss, en partic. p. 1632 s.

³⁴ Motion Louis Duc n° 011.02 relative à la création d'un organe de médiation dans le canton, du 3 mai 2002, BGC 2002, p. 310.

³⁵ BGC 2003, p. 1181 s.

4.2 La genèse de l'article 119 de la Constitution

Lors de la première lecture, le projet de Constitution du canton de Fribourg, l'article 134 (qui allait devenir par la suite l'article 119) était libellé ainsi :

*« La loi peut instituer, en matière administrative, un organe de médiation »*³⁶.

Le projet issu de la première lecture a été lancé en consultation au printemps 2003. En résumant les avis formulés au sujet de l'article 134 lors de la consultation, le Secrétariat de la Constituante relevait, dans son rapport de synthèse³⁷, que l'idée d'instaurer un organe de médiation avait été bien reçue. Certaines personnes ou organismes consultés avaient cependant estimé que cet article devait avoir rang légal. Certains (dont le Conseil d'Etat), avaient par ailleurs souhaité que la médiation s'applique également en matière judiciaire, afin de décharger les tribunaux. Plusieurs remarques avaient toutefois relevé la crainte de voir intervenir l'organe de médiation dans le cours de procédures administratives et judiciaires.

L'article 134 soumis à la deuxième lecture avait la teneur suivante:

*« L'Etat institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant »*³⁸

A noter que, lors de cette deuxième lecture, l'art 117 (qui traitait de la compétence du Grand Conseil en matière d'élection) avait fait l'objet d'une proposition d'amendement de la part de la Commission 5 tendant à intégrer l'élection de la médiatrice ou du médiateur dans les compétences du Grand Conseil³⁹. Dans sa séance du 10 décembre 2003, la Constituante a ainsi été appelée à se prononcer sur l'amendement de l'article 117 et sur la nouvelle mouture de l'article 134. Les débats se concentrèrent sur l'autorité de désignation : Grand Conseil ou Conseil d'Etat ? Le Conseil d'Etat l'emporta. Le 16 janvier 2004, les constituants n'ont pas requis d'autre discussion sur l'article 134. Au vote final, la version issue de la deuxième lecture a été acceptée par 86 voix contre 21⁴⁰. C'est ainsi la teneur suivante qui a été choisie et qui devait être soumise au vote populaire :

« Le Conseil d'Etat institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant ».

4.3 Un médiateur ou un ombudsman ?

Il a d'emblée été constaté, lorsqu'il s'est agi de mettre en œuvre l'article 119 de la Constitution, qu'il serait difficile de cerner la véritable volonté de la Constituante. En effet, si la Constitution parle, dans sa version française, d'un « organe de médiation », elle parle d'une « Ombudsstelle » dans sa version allemande.

Dès lors que dans le canton de Fribourg, en matière de législation notamment, « *les deux versions linguistiques font foi de manière égale*⁴¹ », il s'agit de concrétiser cet article 119 de la Constitution avec un projet de loi tenant compte d'une part des caractéristiques du « médiateur », tout en lui adjoignant, également dans une mesure qu'il s'agit de déterminer, des caractéristiques tenant de « l'ombudsman ».

4.4 La genèse du projet de loi

Un premier avant-projet de loi et de rapport explicatif avait été élaboré dans la première partie de l'année 2011, par la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts. Pour ce premier avant-

³⁶ BOC, janvier à mars 2003, p. 24.

³⁷ Rapport de synthèse, p. 60, § 80.

³⁸ BOC novembre-décembre 2003, p. 471.

³⁹ BOC novembre-décembre 2003, p. 467.

⁴⁰ BOC 16 janvier 2004, p. 170.

⁴¹ Art. 6 al. 1 Cst. et art. 20 al. 1 de la loi du 16 octobre 2001 sur la publication des actes législatifs (LPAL ; RSF 124.1).

projet de loi, les rédacteurs et rédactrices avaient plutôt pris le parti de privilégier la version allemande de la Constitution du canton de Fribourg, soit celui de mettre en place une instance se rapprochant plus de l'ombudsman que du médiateur ou de la médiatrice. Essentiellement en raison de cette option, ce premier avant-projet de loi, avait toutefois fait l'objet d'un accueil très mitigé de la part des Directions du Conseil d'Etat, de sorte qu'il a été nécessaire de remettre intégralement l'ouvrage sur le métier.

Une nouvelle organisation de projet a donc été mise en place en date du 21 mars 2013. Un groupe de travail réunissant un représentant ou une représentante de toutes les Directions de l'Etat, de même que deux préfets et une représentante de l'Association des communes fribourgeoises a été constitué. Ce groupe de travail s'est assuré la collaboration de l'avocat Alexis Overney, auteur d'une contribution relative à la médiation administrative⁴².

En raison des réactions suscitées par le premier avant-projet, il a d'emblée été décidé de s'orienter, à l'instar du canton de Vaud, vers une instance de double nature, mais en privilégiant cette fois en principe, dans ce cadre, certaines caractéristiques de la médiation. Pour mémoire, l'instance vaudoise est d'une part un véritable médiateur, dont la fonction est de faciliter le règlement amiable des conflits entre particuliers et administration. D'autre part, une partie de ses tâches relève toutefois non pas de la médiation au sens propre, mais bien de l'institution de l'ombudsman, puisque le but est d'améliorer le fonctionnement des autorités administratives.

Afin notamment de contribuer de manière pragmatique aux réflexions du groupe de travail, Mme Véronique Jobin, médiatrice cantonale vaudoise, a d'ailleurs participé à l'une des séances du groupe de travail, ceci en date du 5 juillet 2013.

En définitive donc, les avant-projets de loi mis en consultation au printemps 2014 s'inspiraient de manière importante des solutions vaudoises, pragmatiques, qui ont fait leurs preuves.

5 LES RÉSULTATS DE LA CONSULTATION

L'avant-projet de loi sur la médiation administrative a fait l'objet d'une large consultation, ceci du 28 mars 2014 au 17 juin 2014.

Les avis formulés ont été globalement positifs et les grands principes proposés dans l'avant-projet de loi ont généralement été très bien reçus.

5.1 Quelques remarques ou réflexions régulièrement formulées

De manière schématique, les réflexions et remarques les plus régulièrement formulées ont en substance été les suivantes :

- Nécessité d'introduire une définition de la médiation administrative et de veiller à la concordance des termes dans les versions française et allemande du projet de loi (utilisation problématique du terme « *médiation administrative* » en français, et de celui d'« *Ombudstelle* » en allemand).
- Critique, par une minorité des organes consultés, de l'option de confier formellement aux préfets la tâche d'exercer la médiation administrative dans les affaires communales, ceci en raison essentiellement de leur « casquette » d'autorité de recours et de surveillance par rapport aux communes.

⁴² Cf. Alexis OVERNEY, *La médiation en matière administrative*, in : La médiation dans l'ordre juridique suisse, Bâle 2011, p. 191ss.

- Proposition d'étendre les fonctions du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e aux affaires communales, ce qui impliquerait alors le refus de formaliser cette fonction existante des préfets.
- Demande de clarifier le champ d'application de la loi par rapport aux autorités de la juridiction administrative et de sortir de son champ d'application la police cantonale agissant en qualité d'autorité de la poursuite pénale et les particuliers et organes d'institution privées qui accomplissent des tâches de droit public qui ne sont pas des tâches de police (tâches d'autorité).
- Réticences s'agissant de l'option de faire du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e une sorte de super-magistrat-e (immunité, relèvement de la limite d'âge à 70 ans, interdiction d'exercer une autre activité lucrative, serment, etc...). Au vu de ses tâches, il serait suffisant de s'en tenir aux règles usuelles en matière de personnel après avoir affirmé l'indépendance fonctionnelle de l'institution.
- Critique de l'interdiction, pour le médiateur ou la médiatrice cantonal-e, d'exercer une activité accessoire à but lucratif.
- Doutes que le médiateur ou la médiatrice travaillant dans les deux langues et à temps partiel puisse complètement se passer de personnel de secrétariat et proposition, pour éviter cet écueil, de favoriser ou de créer des synergies avec les personnes travaillant à la médiation en matière d'accès aux documents officiels. Notamment dans ce but, il a été suggéré de prévoir une suppléance en cas d'empêchement par le ou la préposé-e compétent-e pour la médiation en matière d'accès à l'information.
- Suggestion formulée par une petite minorité des intervenants d'intégrer le pouvoir judiciaire dans le champ d'application de la loi.
- Souhait, formulé par une minorité des organes consultés, que le rôle du médiateur ou de la médiatrice cantonale soit étendu à la surveillance de l'administration, ce qui en ferait un « Ombudsman ».
- Proposition de prévoir que le médiateur ou la médiatrice soit bilingue et au bénéfice d'une formation en la matière.
- Demande de préciser dans la loi que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e ne devrait pouvoir intervenir que sur requête, tant de l'administré-e que de l'autorité.
- Critique de la possibilité de pouvoir demander au médiateur ou à la médiatrice cantonal-e d'intervenir dans le cadre des procédures administratives pendantes et demande de préciser expressément dans la loi, le cas échéant, que l'autorité devrait pouvoir suspendre la procédure en cours pour ce motif.
- Proposition de prévoir que la requête d'intervention soit formulée par écrit et qu'elle expose, notamment, les buts poursuivis.
- Demande de clarifier les contours du devoir de renseigner du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e.
- Accord de principe sur l'absence de perception d'un émolument pour l'intervention du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e, mais demande répétée de prévoir quand même la possibilité de facturer les débours, ainsi qu'un émolument exceptionnel en cas de requête abusive ou introduite à la légère.
- Un organe spécialisé en matière de légistique (le Service de législation) a notamment estimé que l'avant-projet souffrait d'une structure assez lourde, qui nuisait à la compréhension des règles. Il a ainsi formulé de nombreuses propositions de reformulation et de restructuration du texte, sans pour autant en changer le fond.

Enfin, une majorité des intervenants s'est déclarée favorable à la désignation du médiateur ou de la médiatrice par le Conseil d'Etat pour une durée indéterminée. La variante de l'article 12 de l'avant-projet (durée déterminée) a ainsi été écartée.

5.2 Les aménagements issus de la consultation

Il a d'abord été tenu compte, dans le cadre de la rédaction du projet, de nombre des remarques de technique législative formulées par le Service de législation. Cela a conduit à une restructuration partielle du projet, sans dans un premier temps toucher à la portée des règles proposées.

Dans un deuxième temps, sur la base du projet ainsi remodelé, les améliorations de fond suivantes, issues de la consultation, ont en substance été apportées :

- 1) L'article 1 al. 1 du projet consiste désormais en une phrase déclarative, destinée à clarifier, autant que possible, la terminologie utilisée dans les versions française et allemande du texte. Il est rappelé à ce sujet que la version française de l'article 119 de la Cst. parle d'un « organe de médiation », alors que la version allemande parle d'une « Ombudsstelle ».
- 2) Une définition de la médiation administrative a été introduite à l'article 1 al. 2 du projet.
- 3) Le champ d'application de la loi a été adapté. La police cantonale agissant en qualité d'autorité de la poursuite pénale et les particuliers et organes d'institution privées qui accomplissent des tâches de droit public qui ne sont pas des tâches de police (tâches d'autorité) ont d'abord été sortis du champ d'application de la loi (ajout d'une nouvelle lettre d à l'article 2 al. 3 faisant référence aux autorités de la poursuite pénale et ajout du terme « d'autorité » aux articles 2 al. 1 let. d et 3 al. 1). Ensuite, l'article 2 al. 2 let. a a été complété dans le sens proposé par le pouvoir judiciaire, à savoir par l'ajout des « autorités spéciales de la juridiction administrative ».
- 4) L'activité du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e a nouvellement été exclue dans les domaines régis par le droit de procédure fédéral (cf. art. 4 al. 3).
- 5) Le chapitre contenant les articles consacrés au statut du médiateur a fait l'objet d'adaptations importantes dans le but, demandé par nombre de participants à la consultation, de ne plus en faire un « super-magistrat ». Il s'ensuit que nombre de dispositions allant dans ce sens ont été soit modifiées, soit supprimées. On pense là, notamment, à la limite d'âge, au serment, à l'immunité, à la restriction relative aux activités accessoires. En définitive, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e sera un ou une employé-e de l'Etat au même titre que, par exemple, les préposé-e-s à la transparence et/ou à la protection des données. Son indépendance, voulue par l'article 119 de la Constitution, est toutefois encore rappelée non seulement par un article spécifique (art. 8), mais également par le fait qu'il n'est que « rattaché administrativement » à une Direction, et que cette Direction est l'état-major du Conseil d'Etat, à savoir la Chancellerie d'Etat (art. 7).
- 6) Les conditions de nomination ont été complétées dans le sens de demandes formulées par nombre de participants à la consultation. Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e devra donc, en plus des conditions préexistantes dans l'avant-projet, être en possession d'une formation de médiateur ou de médiatrice ou disposer de compétences certifiées pour ce faire. S'agissant de la proposition selon laquelle le médiateur ou la médiatrice cantonal-e devrait être bilingue (N.B : comprise comme étant la *maîtrise parfaite orale et écrite des deux langues officielles*), et même s'il n'y a pas de doute sur la nécessité pour un médiateur ou une médiatrice cantonal-e de traiter indifféremment les dossiers dans les deux langues officielles du canton, il a été jugé inopportun qu'une telle exigence soit figée dans la loi. Une telle exigence fermerait en effet la possibilité pour l'Etat d'engager une personne maîtrisant *parfaitement* seulement l'une des deux langues officielles, aussi compétente soit-elle au demeurant ; c'est la raison pour

laquelle ce sont « seulement » de très bonnes connaissances des deux langues officielles qui sont désormais exigées. A noter enfin que l'obligation de domicile, qui n'apparaît plus expressément dans le projet, perdure puisque le médiateur ou la médiatrice cantonal-e devra avoir la citoyenneté active sur le plan cantonal ou être titulaire d'une autorisation d'établissement, ce qui implique en principe un domicile dans le canton. L'éventualité de nommer un suisse ou une suisse de l'étranger en tant que médiateur ou de médiatrice est en effet inexistante (art. 5).

- 7) Comme demandé par une majorité de participants à la consultation, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e sera nommé-e par le Conseil d'Etat pour une durée indéterminée (art. 6).
- 8) En cas d'empêchement ponctuel, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e sera remplacé par le ou la préposé-e compétent-e pour la médiation en matière d'accès à l'information (art. 9 al. 2).
- 9) Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e devra exercer ses fonctions dans des locaux communs avec le Secrétariat de la Commission de la transparence et de la protection des données, avec lequel il devra se coordonner et dont il pourra disposer (art. 11 al. 3).
- 10) Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e ne pourra agir que sur requête de la personne concernée ou de l'autorité. Cette requête devra être écrite et devra exposer l'identité de son auteur, l'objet du conflit et l'objectif poursuivi (art. 14 et 15 al. 2).
- 11) L'autorité cantonale aura la possibilité, si elle le juge nécessaire, de suspendre la procédure administrative en cours afin de permettre une médiation (art. 15 al. 3 et 16 al. 2).
- 12) Le processus de médiation demeure en principe exempt d'émolument. Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e pourra toutefois, suite aux remarques formulées en consultation, récupérer ses débours et fixer exceptionnellement un émolument dans le cas où la requête déposée serait téméraire, abusive ou introduite à la légère (art. 23 et 24).

5.3 Les propositions écartées en tout ou en partie

5.3.1 L'exclusion des procédures administratives pendantes

Certains intervenants, minoritaires, ont suggéré d'exclure les procédures administratives pendantes du domaine d'intervention du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e.

Selon ces intervenants, en substance, le médiateur ou la médiatrice ne doit pas devenir une troisième partie à la procédure. Il ne devrait pouvoir être abordé par l'organe d'instruction que comme tiers au sens de l'article 51 CPJA et ne devrait pas pouvoir s'inviter d'office dans la procédure ouverte. Leur raisonnement est le suivant : l'administré, en cas de conflit avec l'administration, doit user des procédures formelles établies à cet effet, précisément pour traiter de ces conflits ! La médiation ne pourrait et ne devrait exister que dans tous les autres cas où le droit n'offre pas de tels mécanismes de protection. Admettre le contraire serait ainsi admettre des procédures d'investigation parallèles et créer ainsi des incertitudes et, surtout, des sources de conflit entre l'autorité décisionnelle et le médiateur. Certains ont suggéré de n'autoriser l'intervention du médiateur ou de la médiatrice que pour traiter les cas de querulents ou de querulentes.

Au vu des problèmes supposés en cas d'intervention au cours d'une procédure administrative pendante, il a été suggéré, également en consultation, de clarifier le rôle du médiateur. Pour ce faire, il a notamment été conseillé de mentionner que l'autorité saisie du dossier peut suspendre la procédure pour permettre une médiation, de rédiger le cas échéant un mandat de médiation claire au début du dossier, de mentionner expressément dans la loi que le médiateur ou la médiatrice ne peut intervenir que sur requête et de prévoir aussi, enfin, que cette requête doit être formulée par écrit et

peut émaner non seulement des administré-e-s concerné-e-s, mais également de l'autorité saisie du dossier.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne serait pas opportun d'exclure bonnement et simplement les procédures administratives pendantes du domaine d'intervention du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e. Les motifs de cette non-exclusion sont essentiellement les suivants :

a) Les motifs tenant à l'institution elle-même et à son utilité

Les procédures administratives peuvent parfois être longues et compliquées pour les administrés. Dans certains cas, des demandes fréquentes de renseignement par exemple, dues à l'instruction, peuvent parfois être perçues comme une volonté chicanière de l'administration qui, elle, à l'obligation d'établir les faits avant de rendre une éventuelle décision. Cela peut engendrer des blocages et des incompréhensions mutuelles. Au final, à réception de la décision, la situation peut-être tellement tendue que l'administré et l'administrée déposera un recours simplement pour le principe. De l'autre côté, l'administration pourrait être tentée de rendre une décision incomplète en raison d'un éventuel manque de collaboration de l'administré. Encore une fois, de ces situations peuvent découler des procédures qui auraient pu être évitées par un rétablissement du dialogue.

C'est précisément dans ces situations que l'intervention, sur requête, du médiateur ou de la médiatrice pourra être bénéfique. Il pourra rétablir le dialogue et, le cas échéant, peut-être éviter aux administrés, comme à l'administration cantonale, de longues et couteuses procédures juridictionnelles parfois simplement basées sur une incompréhension mutuelle. On peut par exemple citer à cet égard le cas de l'administré-e en conflit avec l'administration fiscale sur une taxation alors que son vœu se limite, en réalité, à obtenir des arrangements de paiement. On peut aussi penser aux recours déposés dans le cadre de procédures de construction, alors que la problématique se résume à un conflit de voisinage. Dans de tels domaines, la médiation a fait et fera encore ses preuves. Cela conduira, de ce fait, à réduire non seulement la charge actuelle des instances juridictionnelles, mais parfois aussi celle des administrations de première instance.

Il y a lieu de relever aussi que la démarche du médiateur ou de la médiatrice n'aurait, selon le Conseil d'Etat, aucun sens si elle devait se limiter aux personnes quérulentes. Il y a lieu de relever que de telles personnes ne recherchent en principe qu'un seul but : celui de modifier une ou des décisions déjà prises et entrées en force, qu'elles estiment profondément injustes. Dans ces circonstances, le médiateur ou la médiatrice ne serait que d'une utilité très limitée, puisque son action ne pourrait que se borner à tenter d'expliquer et réexpliquer la décision prise. Très vite, le quérulent ou la quérulente se détournerait de ce médiateur ou de cette médiatrice en qui il ou elle aurait d'abord vu un sauveur, et en lequel ou laquelle, peu à peu, il ou elle ne verrait plus qu'un ou une auxiliaire inféodé-e à l'autorité.

L'intervention du médiateur ou de la médiatrice en cours de procédure aura aussi, par contre, pour effet d'éviter, tant que faire se peut, la création de situations de quérulence.

b) Les motifs tenant à la pratique, notamment à des expériences faites dans le canton de Vaud

Comme cela a été relevé plus haut, le présent projet de loi s'est beaucoup inspiré de l'exemple vaudois. En particulier, l'article 16 du présent projet de loi consiste en une reprise des éléments essentiels de l'article 25 de la loi vaudoise du 19 mai 2009 sur la médiation administrative qui a la teneur suivante :

Art. 25 Relation avec des procédures administratives

¹ Lorsque le médiateur est saisi d'une situation qui concerne l'administration cantonale ou des délégataires de tâches publiques, il peut agir en dehors de toute procédure administrative, dans le cadre d'une procédure administrative pendante ou après la clôture d'une procédure administrative.

² Son intervention ne suspend pas les délais en cours, ni les effets d'une décision rendue par l'autorité. Elle ne remplace pas les actes devant être entrepris par les parties pour sauvegarder leurs droits et obligations.

³ L'autorité compétente reste libre de sa décision.

En l'occurrence, il ressort des rapports annuels 2007 - 2012 du Bureau cantonal de médiation administrative vaudois (BCMA), publiés à l'adresse internet <http://www.vd.ch/autorites/mediation-administrative/rapports-annuels/>, que la possibilité pour la médiatrice vaudoise d'intervenir dans le cours d'une procédure pendante permet généralement de trouver des solutions simples et constructives. Des procédures administratives s'en trouvent ainsi raccourcies, pour le bien non seulement de l'administré-e, mais également pour celui de l'administration.

En lieu et place de reprendre mot pour mot, dans le présent message, les nombreux exemples cités dans les rapports 2007 à 2012 du BCMA, le Conseil d'Etat se permet d'y renvoyer.

S'il juge inopportun, pour les raisons exposées ci-dessus, d'exclure bonnement et simplement les procédures administratives pendantes du domaine d'intervention du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e, le Conseil d'Etat a néanmoins estimé nécessaire de préciser un peu plus, dans le projet de loi, les conditions de saisine du médiateur ou de la médiatrice et la marge de manœuvre de l'autorité concernée. Il a donc désormais expressément prévu dans le projet :

- que le médiateur ou la médiatrice ne peut être saisi-e que sur requête ;
- que cette requête peut émaner tant de l'administré-e que de l'autorité concerné-e ;
- que la requête de médiation doit être formulée par écrit, en décrivant notamment les objectifs poursuivis par la médiation (mandat de médiation) et,
- que le Service concerné dispose de la possibilité de suspendre la procédure administrative en cours.

5.3.2 La concrétisation du rôle de médiation du préfet dans les affaires communales

Plusieurs organes consultés ont relevé que selon eux, la médiation administrative prescrite par l'article 119 de la Constitution ne concerne pas les communes, mais uniquement l'administration cantonale. Ils ont donc proposé que la loi se limite à cet objet, car il n'y aurait aucune nécessité impérieuse de porter atteinte à l'autonomie communale en ce domaine, ni d'imposer le recours à du personnel cantonal pour accomplir une tâche incombant, le cas échéant, aux communes. Dans ce cadre, la proposition de confier aux préfets la qualité de médiateur en matière communale serait une solution inappropriée puisque les préfets sont autorités de recours et de surveillance dans le domaine communal. Ils ne devraient donc pas intervenir comme médiateur dans des causes susceptibles de leur être soumises pour décision par la suite.

Le Conseil d'Etat propose de ne pas donner suite à cette suggestion pour les motifs suivants.

- Il est vrai que la formalisation de la tâche des préfets en tant que médiateurs pour les affaires communales revient, en quelque sorte, à réduire l'autonomie communale en la matière. Il y a toutefois lieu de retenir que cette tâche est exercée par les préfets à satisfaction générale depuis de nombreuses années. Dans ces circonstances, il semble opportun de saisir l'occasion du présent projet de loi pour formaliser cette pratique.

- Cette apparente nouvelle réduction de l'autonomie communale est parfaitement acceptée. Elle a même été expressément soutenue par l'Association des communes fribourgeoises dans le cadre de la consultation, et les communes ayant pris part à la consultation s'y sont toutes ralliées.
- Le problème de récusation cité par les organes défavorables à l'institution du préfet « médiateur pour les communes » existe déjà lorsque les préfets sont, par exemple, présidents d'associations de communes et doivent décider en leur qualité de préfet. Dans ces cas, ils se récusent et la décision est tout simplement rendue par un de leurs collègues. Au demeurant, si pour les cas de médiation le problème soulevé était réel, des cas de récusation de préfets « médiateurs » devant décider devraient déjà se poser en pratique, puisque les préfets fonctionnent déjà comme tels. La situation ne s'est toutefois jamais présentée.

5.3.3 Certaines exclusions, jugées inappropriées, du champ d'application

Certains intervenants ont jugé inapproprié d'exclure du champ d'application de la loi les causes en lien avec le pouvoir judiciaire, le Conseil d'Etat, ou les affaires en lien avec le personnel de l'administration cantonale.

Le Conseil d'Etat propose de maintenir ces exclusions pour les raisons essentielles suivantes :

- S'agissant du pouvoir judiciaire, deux solutions auraient effectivement pu être envisagées : limiter le champ d'activité du médiateur ou de la médiatrice aux rapports entre les administré-e-s et les seules autorités administratives ou l'étendre aux rapports avec les autorités judiciaires.

L'article 119 de la Constitution n'impose que la médiation administrative. Il n'était pas interdit, néanmoins, de s'interroger sur l'opportunité de confier au médiateur ou à la médiatrice la tâche de résoudre les difficultés que les justiciables rencontrent avec les tribunaux. Quelques exemples permettront d'illustrer cette mission :

- un citoyen ou une citoyenne ne comprend pas une lettre ou une décision d'un ou d'une juge ;
- un citoyen ou une citoyenne a l'impression de n'avoir pas été écouté-e, compris-e dans le cadre d'une procédure devant un ou une juge, un tribunal ;
- les décisions prises dans une affaire judiciaire paraissent injustes ;
- un citoyen ou une citoyenne se pose des questions quant à ses démarches judiciaires.

La Confédération n'envisageait pas de confier une telle tâche au Bureau fédéral de médiation. Le canton de Vaud l'a fait dans une certaine mesure. Le canton de Bâle-Campagne a prévu que les autorités judiciaires étaient également visées, dans la mesure où est concernée l'administration de la justice ou la durée de la procédure. Le canton de Bâle-Ville, tout comme le canton de Zurich, ont en revanche exclu les autorités judiciaires du champ d'application de la loi, hormis s'il s'agit de l'administration judiciaire.

L'extension du champ d'action du médiateur ou de la médiatrice aux rapports avec les autorités de la justice présente avantages et inconvénients.

Les méfaits commis par certains membres de l'organisation « *Appel au peuple* » sont notoires ; ils ont nui à de nombreuses personnes magistrates et avocates. Les explications qu'aurait pu fournir un médiateur ou une médiatrice, une intervention de sa part auprès des autorités judiciaires concernées auraient-elles permis d'éviter de pareils dégâts ? On peut en douter, toutes les tentatives de médiation entreprises par les autorités s'étant soldées par un échec. Le recours à une tierce personne pourrait toutefois s'avérer utile pour que certaines

décisions de justice soient mieux comprises et par conséquent mieux acceptées par les justiciables.

Les inconvénients d'une telle extension ne sont pas minces. Il faut distinguer, à cet égard, les procédures civiles et pénales.

Le procès civil est ouvert à la demande d'une personne, physique ou morale, et est dirigé contre une autre personne. Les protagonistes disposent d'une entière liberté quant à l'ouverture, à la conduite et à la manière de mettre fin au procès. Le ou la juge, en quelque sorte, arbitre leur conflit. C'est le rôle de l'avocat-e, précisément, d'éclairer son client ou sa cliente sur la portée et le sens d'un procès, sur les risques encourus, et de commenter les décisions rendues. Celui qui ne dispose pas des moyens de payer un avocat ou une avocate peut avoir recours à l'assistance judiciaire. Enfin, le justiciable débouté dispose de voies de recours pour porter sa cause devant un autre juge. C'est dire que le citoyen ou la citoyenne dispose des moyens de faire valoir ses droits et de comprendre les procédures auxquelles il ou elle est amené-e à participer. L'intervention d'une tierce personne risquerait de perturber cet équilibre, d'atténuer sans raison la confiance que le citoyen ou la citoyenne doit avoir dans la justice de son canton et de retarder la résolution des différends.

La situation est quelque peu différente pour ce qui a trait à la justice pénale. En principe, nul ne choisit d'être convoqué devant une autorité pénale. La contrainte de comparaître et l'invitation faite à la personne convoquée de s'expliquer sont parfois de nature à éveiller un esprit de méfiance. Certaines décisions peuvent susciter incompréhension, colère et ressentiment. L'intervention d'un médiateur ou d'une médiatrice risquerait toutefois d'être pire que le mal que l'on prétend guérir. S'il ou elle se range à l'opinion exprimée par le ou la juge, les sentiments que le ou la justiciable éprouvait demeureront ; s'il ou elle entend contester un jugement ou intervenir avant qu'il ne soit rendu, c'est toute l'autorité du ou de la juge qui est ébranlée, alors que seules des autorités judiciaires devraient être habilitées à renverser une décision.

Enfin, pour ce qui est de l'administration de la justice, la création du Conseil de la magistrature rend l'intervention d'un médiateur ou d'une médiatrice superflue. Ce Conseil a en effet pour attributions, notamment, d'exercer la surveillance administrative des autorités judiciaires et la surveillance disciplinaire des juges⁴³. Il est, dans ce cadre, chargé de traiter les dénonciations et les plaintes concernant les juges⁴⁴.

C'est pour ces raisons que l'intervention du médiateur ou de la médiatrice dans la sphère des autorités judiciaires a été et demeure exclue du champ d'application de la loi.

- Les affaires traitées par le Gouvernement touchent, d'abord, rarement l'administré-e de façon directe. Ensuite, le texte de l'article 119 Cst. indique que c'est le Conseil d'Etat qui institue le médiateur.

Il serait objectivement difficile d'imaginer que cet organe, institué par le Conseil d'Etat, puisse régulièrement et en toute indépendance, s'occuper des causes en lien avec ce dernier. L'autre partie ne prendrait pas, et vraisemblablement à juste titre, une telle médiation au sérieux. Au final, le résultat serait donc contreproductif.

Ce qui précède vaut *mutatis mutandis* pour la médiation pour les affaires en lien avec le personnel de l'administration cantonale. Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire relatif à l'article 4 al. 2 du présent projet.

⁴³ Art. 91 al. 1 let. a et b de la loi du 31 mai 2010 sur la justice (LJ ; RSF 130.1).

⁴⁴ Art. 113 al. 1 let. c LJ.

5.3.4 L'obligation d'être d'origine suisse

Un des organes consultés a estimé qu'il est capital que la fonction de médiateur ou de médiatrice soit remplie par une personne d'origine suisse, ayant le droit de vote au niveau cantonal. Selon cet organe, il s'agirait là d'une condition préalable importante pour avoir une relation de confiance entre les partenaires au niveau cantonal et aussi pour que les gens puissent échanger d'égal à égal lors des séances de médiation⁴⁵.

Le Conseil d'Etat estime que la condition de la nationalité suisse n'est pas une condition préalable pour avoir une relation de confiance. De même, il remarque qu'il n'est pas nécessaire que les deux interlocuteurs soient de nationalité suisse pour avoir une relation d'égal à égal. Enfin, quand bien même la fonction de médiateur ou de médiatrice n'est pas une fonction judiciaire, il rappelle que l'article 86 al. 2 de la Constitution cantonale, qui prévoit que « *la loi peut permettre l'accès aux fonctions de l'ordre judiciaire aux personnes de nationalité étrangère qui sont domiciliées dans le canton depuis au moins cinq ans et au bénéfice d'une autorisation* », a été mis en application par l'article 9 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice ; il semblerait curieux de refuser pour le médiateur ou la médiatrice un aménagement qui est accepté depuis de nombreuses années maintenant pour les juges.

6 LES GRANDES LIGNES DU PROJET

6.1 La médiation administrative sur le plan cantonal

Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e (ci-après : le Médiateur ou la Médiatrice) ne constituera pas, contrairement à ce qu'aurait pu être un ombudsman parlementaire, un instrument de contrôle de l'administration. Son rôle premier sera de *renforcer la confiance de l'administré dans les services publics cantonaux* en se positionnant comme un entremetteur ou une entremettrice neutre et dévoué-e. Il n'est pas donné à chacun de comprendre les méandres des réglementations - prises, souvent, concomitamment aux niveaux fédéral, cantonal et communal - ou d'avoir une connaissance étendue des procédures et des voies de droit qui, seules, lui permettent de sauvegarder ses intérêts. L'organe de médiation peut jouer, à cet égard, un rôle important dans l'information, l'explication et la facilitation de contacts avant que des décisions ne soient prises.

Ainsi, le Médiateur ou la Médiatrice pourra-t-il ou pourra-t-elle *identifier les difficultés* avant qu'elles n'atteignent leur point de non-retour, désamorcer les conflits et, ainsi, contribuer à désengorger les autorités administratives et judiciaires de recours et réclamations inutiles.

Aucune étude n'a, certes, été faite pour chiffrer le *potentiel d'économies* que l'intervention du médiateur ou de la médiatrice est de nature à entraîner, ce qui permettrait de relativiser les coûts de son fonctionnement. Il n'en demeure que, comme en témoignent les rapports établis par les différents services de médiation cantonaux, plusieurs centaines de problèmes ont pu être résolus à la satisfaction des intéressés, respectivement de convaincantes explications données. Il existe donc un gisement d'économies certain.

L'activité des autorités judiciaires, qui comprend notamment aussi l'activité des autorités spéciales de la juridiction administrative, a été exclue du champ d'application de la loi (cf. art. 2 al. 3 let. c). Seules les autorités administratives sont donc concernées.

Le Médiateur ou la Médiatrice devrait être une *personnalité indépendante, pourvue d'une certaine notoriété, disposant d'une expérience solide dans les relations avec les autorités et sachant*

⁴⁵ En allemand dans le texte de la prise de position : « *Das ist eine wichtige Voraussetzung für das Vertrauensverhältnis zwischen den Partnern auf kantonaler Stufe und um einander auf Augenhöhe begegnen zu können* ».

s'imposer. Vu la particularité de la fonction, l'avant-projet mis en consultation entendait privilégier ces traits de caractère pour le choix du Médiateur ou de la Médiatrice par rapport à une éventuelle formation suivie en matière de médiation. Comme relevé ci-dessus, nombre de participants à la consultation ont jugé qu'une formation en la matière devrait au contraire être indispensable. Les arguments formulés à cet égard ont été pris en compte. Le Médiateur ou la Médiatrice devra ainsi bénéficier, pour être choisi, d'une *formation spécifique* en la matière ou d'aptitudes certifiées pour exercer la médiation. Il ou elle devra en outre, à défaut d'être bilingue, disposer de très bonnes connaissances des deux langues officielles.

Le Médiateur ou la Médiatrice sera *nommé-e par le Conseil d'Etat* pour une durée indéterminée, suite à une mise au concours.

La saisine du Médiateur ou de la Médiatrice devra être simple.

De la même manière, le Médiateur ou la Médiatrice devra pouvoir *agir de façon souple et efficace*, sans être guidé par des règles procédurales rigides. Le but est qu'il ou elle ait un accès direct à l'information, sans qu'on puisse lui opposer le secret de fonction, étant admis qu'il ou elle devra respecter ce secret dans le traitement des affaires qui lui sont soumises.

Le résultat du travail de médiation variera selon les situations. Le Médiateur ou la Médiatrice pourra proposer aux parties un arrangement amiable ou émettre une recommandation. Il ou elle ne disposera cependant pas de pouvoirs de coercition ou de surveillance sur les autorités auxquelles il ou elle sera confronté-e.

Enfin, il est important également que le travail du Médiateur ou de la Médiatrice ne reste pas confidentiel. Il ou elle rendra ainsi compte de son activité dans son *rapport annuel* à l'intention du Grand Conseil.

6.2 La médiation administrative sur le plan communal

Le projet prévoit de *confier formellement aux préfets la tâche d'assurer la médiation entre les administré-e-s et les autorités communales (cf. notamment l'article 3 du projet de loi et le commentaire y relatif)*. Les discussions relatives aux structures territoriales du canton de Fribourg avaient en effet mis en exergue le rôle joué en la matière par les préfets dans leurs districts. Ils parviennent actuellement, ce faisant, à régler de nombreuses difficultés, déchargeant du même coup les autorités cantonales et les autorités de recours.

Malgré certaines réticences exprimées à ce sujet dans le cadre de la consultation (cf. ci-dessus), le Conseil d'Etat propose d'entériner cette pratique.

7 COMMENTAIRE DES ARTICLES DU PROJET DE LOI

Article 1

L'article 1 a tout d'abord pour objet la forme dans laquelle la médiation administrative est instituée (al. 1), la définition de la médiation administrative (al. 2), et ses buts (al. 3).

L'alinéa 1 a pour fonction essentielle de faire le lien entre la version française et la version allemande de la loi. Grâce à cet article, il sera possible de parler de « médiateur » ou de « médiatrice » dans les deux versions linguistiques de la loi, et non pas une fois de médiateur ou de médiatrice (version française), et dans l'autre d'ombudsman (versions allemande).

La définition proposée est issue de la procédure de consultation. Elle permet d'abord de donner un cadre général à la mission (al. 2). Les buts essentiels de la loi sont exposés à l'alinéa 3. Le projet vise ainsi, surtout, à consolider les rapports de confiance entre les administré-e-s et les autorités

cantonales. Le terme d'administré-e est pris dans son acception la plus large : il vise tant les personnes physiques que les personnes morales, Suisses et étrangers.

Contrairement à une crainte parfois exprimée, l'institution n'a pas pour but de protéger les particuliers contre l'administration. Elle est également au service des agents publics : en prévenant les conflits, en favorisant leur résolution amiable, en aidant les administré-e-s dans leurs démarches avec les autorités, elle contribue à éviter que les services publics ne fassent l'objet de reproches injustifiés.

Ce sont là des buts généraux que poursuivent la plupart des organes de médiation de notre pays. Les autorités cantonales concernées sont déterminées à l'article 2.

L'alinéa 4 prévoit que les préfets assurent la médiation en matière communale, dont le régime est réglé à l'article 3, au commentaire duquel il est renvoyé.

Article 2

Cette disposition définit les autorités cantonales concernées. Comme relevé plus haut, les autorités judiciaires en sont exclues.

Par souci de cohérence, la liste des autorités administratives est, à une exception (le Conseil d'Etat) et une réserve près (les préfets dans certaines situations), identique à celle qui est définie à l'article 2 CPJA⁴⁶. Il est ainsi simplement renvoyé à ce code et à ses commentaires pour les détails. Il importe en effet que l'ensemble des autorités administratives auxquelles ce code se réfère, ou à tout le moins sa grande majorité, puisse faire l'objet de l'intervention du Médiateur ou de la Médiatrice.

Le Conseil d'Etat constitue l'exception. Les affaires traitées par le Gouvernement touchent en effet rarement l'administré(e) de façon directe. Les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne ont inclus le Gouvernement dans la sphère d'activité de leur organe de médiation. Les cantons de Zoug, de Zurich et de Vaud l'ont exclu.

Pour ce qui concerne *les préfets*, une réserve a été prévue : leur activité est soumise au champ d'application de la loi, sauf lorsqu'ils ou elles agissent eux-mêmes ou elles-mêmes.

D'autres autorités sont exclues du champ d'application de la loi.

- En premier lieu, le Grand Conseil, en raison du fait que son activité est principalement d'ordre législatif et ne se prête donc pas à la médiation.
- En *second lieu*, les autorités judiciaires au sens de l'article 3 de la loi sur la justice (soit à l'heure actuelle : le Tribunal cantonal, les autorités spéciales de la juridiction administrative⁴⁷, les préfets lorsqu'ils ou elles agissent en qualité de médiateurs ou de médiatrices entre les administré-e-s et les autorités communales ou en qualité d'autorités de la juridiction pénale⁴⁸, le Ministère public, le Tribunal des mesures de contrainte, les juges de police, les tribunaux pénaux d'arrondissement, le Tribunal pénal économique, le Tribunal pénal des mineurs, les justices de paix, les autorités de conciliation en matière de baux à loyer et à ferme ainsi que celles en matière d'égalité entre femmes et hommes, les tribunaux civils, les tribunaux des prud'hommes et les tribunaux des baux).

⁴⁶ Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

⁴⁷ Il s'agit, en application de l'article 3 du Code de procédure et de juridiction administrative : du Conseil d'Etat et des autres autorités administratives lorsqu'ils statuent sur recours, des commissions de recours instituées par la loi, de la Commission d'expropriation et des tribunaux arbitraux en matière d'assurances sociales.

⁴⁸ Cf. art. 2 al. 2 let. a des avant-projets.

- En *troisième lieu*, suite à des remarques émises dans le cadre de la consultation, les autorités de la poursuite pénale au sens de l'article 63 de la loi sur la justice sont désormais exclues « en bloc ». Il s'agit là de la Police cantonale, du Ministère public et des juges des mineurs, des autorités pénales compétentes en matière de contraventions, notamment les préfets et des autres autorités [N.B. de poursuite pénale] habilitées par la loi.
- En *quatrième et dernier lieu*, les *Eglises et les communautés confessionnelles reconnues*. Les articles 2 et 3 de la loi du 26 septembre 1990 concernant les rapports entre les Eglises et l'Etat⁴⁹ disposent que l'Eglise catholique romaine et l'Eglise évangélique réformée sont reconnues de droit public et constituent des corporations de droit public, dotées de la personnalité juridique. La Communauté israélite du canton de Fribourg a été mise au bénéfice d'un statut de droit public par la loi du 3 octobre 1990⁵⁰. Enfin, des communautés confessionnelles de droit privé peuvent se voir octroyer des prérogatives de droit public⁵¹. Ces Eglises et communautés sont exclues du champ d'application de la loi : les rapports entre les responsables de celles-ci et leurs membres ne se caractérisent pas par un rapport d'autorité publique qui justifierait une intervention étatique. Ces rapports touchent à la liberté de conscience et de croyance.

Article 3

Il ne fait aucun doute qu'une commune peut aborder le Médiateur ou la Médiatrice si elle éprouve des difficultés dans ses rapports avec l'Etat. La question traitée ici consiste à savoir si un citoyen ou un citoyen(ne) peut recourir au médiateur s'il ou elle rencontre des problèmes avec une commune.

Doit-on laisser aux communes le soin de choisir si elles entendent se doter d'un organe de médiation ou entend-on régler, dans un seul texte de loi, les rapports entre le citoyen et les « *services publics* », que ceux-ci soient cantonaux ou communaux?

Le respect de l'autonomie des communes, garantie par la Constitution⁵², pourrait faire pencher en faveur de la première solution. En revanche, à l'heure où de nombreuses tâches sont exécutées conjointement par l'Etat et les communes, où la répartition de ces tâches évolue constamment, il ne paraît pas concevable de distinguer selon que l'administré-e se trouve en face d'un service cantonal ou d'une autorité communale. Comme les préfets jouent, depuis de très nombreuses années, un rôle de médiateur dans les affaires communales, il s'agit de l'entériner dans la loi (cf. en outre, dans le même sens, le ch. 5.3.2 ci-dessus).

A noter que les cantons de Bâle-Campagne, Zoug et Zurich ont inclus les communes dans le champ d'activité de leurs lois respectives.

Lorsqu'il ou elle agira en qualité de médiateur ou de médiatrice, le préfet observera les processus prévus au chapitre 3 de la loi.

Article 4

L'article 4 régit le champ d'application matériel de la loi. Il rappelle le cadre posé à l'activité du Médiateur ou de la Médiatrice (al. 1).

Sont exclus de la sphère d'activité du Médiateur ou de la Médiatrice les litiges entre les collaborateurs et les collaboratrices de l'Etat et les autorités cantonales découlant des rapports de travail (al. 2). D'une part, en effet, ce sont bien les usagers et les usagères de l'administration qui sont intéressés au premier chef par la médiation, et non les agents et agentes des services publics

⁴⁹ RSF 190.1.

⁵⁰ RSF 193.1.

⁵¹ Art. 1 al. 2 et 28 à 30 de la loi du 26 septembre 1990 concernant les rapports entre les Eglises et l'Etat.

⁵² Art. 129 al. 2 Cst.

dans leurs relations contractuelles avec leur employeur. D'autre part, la réglementation sur le personnel de l'Etat confie déjà un rôle de conseils et de médiation au Service du personnel et d'organisation⁵³. Enfin, si les corporations publiques, en leur qualité d'employeur, souhaitent mettre en place une procédure de médiation ou de conciliation, elles peuvent le faire par la voie de leur réglementation sur le personnel. Cette limite est également motivée par le souci de ne pas porter atteinte au pouvoir hiérarchique. Il est renvoyé, pour le surplus, au ch. 5.3.3 ci-dessus.

Enfin, le Médiateur ou la Médiatrice n'agira pas dans les domaines pour lesquels un processus de médiation a déjà été institué, ainsi que dans les domaines régis par le droit de procédure fédéral. A titre d'exemples, on citera la santé⁵⁴, l'information et l'accès aux documents⁵⁵, l'assurance-chômage⁵⁶, la formation professionnelle (médiation scolaire)⁵⁷, l'intégration des migrants⁵⁸.

Article 5

Les conditions d'éligibilité sont d'abord (let. a, b et c) calquées sur celles des magistrats et magistrates de l'ordre judiciaire⁵⁹. A noter d'abord que le fait que le Médiateur ou la Médiatrice doive « avoir la citoyenneté active sur le plan cantonal » implique que cette personne soit domiciliée⁶⁰ sur le territoire cantonal. Pour qu'il ou elle soit au fait des réalités vécues par les administré-e-s du canton, il est en effet impératif que le Médiateur ou la Médiatrice y soit domicilié-e. Cette condition est également posée pour les magistrats et magistrates de l'ordre judiciaire⁶¹. A noter aussi qu'à l'instar des juges, une personne de nationalité étrangère pourrait, le cas échéant et si elle remplit les conditions requises, être désignée au poste de Médiateur ou de Médiatrice. Comme relevé plus haut, le Conseil d'Etat propose, sur ce dernier point, de ne pas donner suite à une des revendications issues de la consultation (cf. également ch. 5.3.4 ci-dessus).

Donnant suite à d'autres remarques issues de la consultation, le Conseil d'Etat propose désormais de prévoir expressément dans la loi que le Médiateur ou la Médiatrice devra disposer d'une formation reconnue de médiateur ou de médiatrice ou d'aptitudes certifiées en la matière (let. d) et devra disposer de très bonnes connaissances des deux langues officielles (let. e).

L'avant-projet prévoyait que le poste devrait *avant tout* être confié à une personne ayant une excellente connaissance du fonctionnement des collectivités publiques. Cette condition principale de nomination a été abandonnée en raison des remarques exprimées dans le cadre de la consultation.

Article 6

Comme on l'a vu, la Constituante a expressément donné au Conseil d'Etat la compétence d'instituer un organe de médiation⁶². Le Médiateur ou la Médiatrice ne pourra donc pas être un « Ombudsman parlementaire » (donc élu par le Grand Conseil), ainsi que l'auraient souhaité certains organes spécialisés ayant pris part à la consultation.

Pour ce qui tient à la durée des fonctions, deux options avaient été ouvertes dans le cadre de la consultation : le Médiateur ou la Médiatrice pouvait - à l'instar des magistrats et magistrates de l'ordre judiciaire - être désigné-e pour une durée indéterminée. Il pouvait également être élu-e pour

⁵³ Art. 13 du règlement du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat (RPers ; RSF 122.70.11).

⁵⁴ Art. 127d de la loi du 16 novembre 1999 sur la santé (LSan ; RSF 821.0.1).

⁵⁵ Art. 33 de la loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5).

⁵⁶ Art. 10 de la loi du 6 octobre 2010 sur l'emploi et le marché du travail (LEMT ; RSF 866.1.1).

⁵⁷ Art. 34 de la loi du 13 décembre 2007 sur la formation professionnelle (LFP ; RSF 420.1).

⁵⁸ Art. 4 let. b de l'ordonnance du 6 mars 2012 sur l'intégration des migrants et des migrantes et la prévention du racisme (OInt ; RSF 114.22.21).

⁵⁹ Art. 9 al. 1 LJ.

⁶⁰ « En principe », cf. 5.2, chiffre 6 et le cas exceptionnel des fribourgeois de l'étranger ...

⁶¹ Art. 7 LJ.

⁶² Cf. supra, ch. IV.2.

la durée d'une période administrative. Au regard des résultats de la consultation, il a finalement été décidé d'opter pour une désignation pour une durée indéterminée.

Article 7

Pour être indépendant-e, le Médiateur ou la Médiatrice n'en doit pas moins être rattaché-e administrativement à une autorité. Cette autorité sera chargée des questions d'ordre logistique, mais en aucun cas n'exercera une influence sur son fonctionnement.

Comme il est prévu que *le Médiateur ou la Médiatrice soit nommé(e) par le Conseil d'Etat*, conformément à l'article 119 de la Constitution, son rattachement administratif naturel semblerait devoir être la Chancellerie d'Etat. C'est là l'option proposée par le présent projet de loi.

Articles 8 à 12

Généralités

Dans le cadre de la consultation, certains intervenants ont considéré que l'avant-projet créait, pour le Médiateur ou la Médiatrice, un statut qui en faisait de manière injustifiée une sorte de « super-magistrat-e ». Selon ces intervenants, l'avant-projet engendrait un tel résultat parce qu'il prévoyait, en particulier, de lui appliquer une immunité particulière, de relever la limite d'âge pour ses fonctions ou encore une règle spéciale d'interdiction d'exercer une autre activité lucrative.

Eu égard au fait que le Médiateur ou la Médiatrice n'aura effectivement aucun pouvoir de décision ou d'intervention propre, le Conseil d'Etat a jugé ces remarques justifiées, raison pour laquelle ces avant-projets d'articles ont tous été supprimés et n'apparaissent donc plus dans le présent projet.

Mis-à-part quelques règles jugées comme essentielles pour l'exercice conforme de ses fonctions, règles qui seront commentées ci-dessous, le Médiateur ou la Médiatrice sera donc soumis aux règles usuelles en matière de personnel de l'Etat, ceci en application de l'article 2 de la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers).

Article 8

L'indépendance du Médiateur ou de la Médiatrice constitue un principe fondamental, qui est ici expressément affirmé. Comme toute autorité administrative indépendante, le Médiateur ou la Médiatrice ne sera soumis à aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle, la loi précisant que, dans l'exercice de ses attributions, le Médiateur ou la Médiatrice n'est soumis qu'à la loi et qu'il ne reçoit d'instruction d'aucune autorité.

Article 9

Il s'agit de régler la question de l'empêchement du Médiateur ou de la Médiatrice d'exercer ses fonctions. Cet empêchement peut être durable (maladie, accident, etc.) ou ponctuel (récusation).

En cas d'empêchement durable, mais pas définitif, il appartiendra au Conseil d'Etat de désigner un remplaçant ou une remplaçante pour occuper la fonction par intérim.

En cas d'empêchement ponctuel, dans le but de créer des synergies et compte tenu du fait que de tels cas (en principe de récusations) ne devraient se présenter que rarement, il est proposé de désigner une personne suppléante permanente en la personne du ou de la préposé-e compétent-e pour la médiation en matière d'accès à l'information.

Article 10

Compte tenu de la spécificité de la fonction, il s'agit de régler les cas dans lesquels l'autorité de nomination peut révoquer le Médiateur ou la Médiatrice. Ces cas sont, ici également, calqués sur

ceux qui concernent les magistrats et magistrates de l'ordre judiciaire⁶³, sous réserve de la question du domicile, qui ne revêt pas une importance telle que sa non réalisation devrait obligatoirement conduire à la révocation. On renvoie ici à la procédure prévue par la loi sur la justice.

Pour le surplus, il est expressément rappelé, à toutes fins utiles, que la législation sur le personnel de l'Etat lui sera également applicable dans le cadre d'une éventuelle révocation.

Article 11

Afin de garantir sa totale indépendance, il est prévu d'allouer au Médiateur ou à la Médiatrice un crédit budgétaire, son organisation étant laissée à son appréciation.

Afin de créer des synergies, notamment sous l'angle du personnel administratif, il est toutefois expressément prévu que le Médiateur ou la Médiatrice exerce ses fonctions dans des locaux communs avec le Secrétariat de la Commission de la transparence et de la protection des données. Il ou elle pourra ainsi disposer du personnel dévolu à ce secrétariat.

Article 12

Le Médiateur ou la Médiatrice sera tenu-e au secret de fonction dans la même mesure que les autorités concernées par le processus de médiation.

Afin de garantir la confiance qui doit être placée en lui ou en elle par les administré-e-s, il faut éviter qu'il ou elle soit tenu-e de témoigner du contenu des entretiens qu'il ou elle aurait pu avoir. Il ou elle doit rester maître ou maîtresse absolu-e de la décision de témoigner, quand bien même les intéressés l'auraient-ils ou elle délié-e du secret de fonction. Il faut éviter, en effet, de créer l'impression que l'activité du Médiateur ou de la Médiatrice pourrait être instrumentalisée dans le but de servir à défendre les intérêts des uns ou des autres dans le cadre d'une procédure administrative, civile ou pénale.

Les mêmes règles doivent prévaloir pour les personnes du Secrétariat de la Commission de la transparence et de la protection des données avec lesquelles il ou elle sera peut-être amené-e à collaborer.

Il y a enfin lieu de relever, à toutes fins utiles, que la présente disposition ne consiste pas en une règle d'exécution cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice au sens de l'article 321 al. 3 CP.

Article 13

La création du poste de Médiateur ou de Médiatrice ne doit pas être interprétée comme un procès d'intention à l'encontre de l'administration. Comme l'a rappelé le premier Médiateur de la République française, Antoine Pinay, la démarche du Médiateur « *n'est pas de mettre l'administration en accusation de façon systématique, mais d'abord de comprendre les motifs de son action et, s'ils lui paraissent justes, de les expliquer aux auteurs des réclamations* »⁶⁴. Si les agents de l'administration devaient ressentir le Médiateur ou la Médiatrice comme un élément hostile, sa mission confinerait bientôt à l'impossible. « *Aussi doit-il convaincre plutôt qu'ordonner, et faire appel à la persuasion, car aucune amélioration profonde et durable n'est à attendre de l'administration sans la participation de ses membres : l'administration se reformera d'elle-même ou ne se reformera pas* »⁶⁵.

⁶³ Cf. art. 107 LJ.

⁶⁴ Antoine Pinay, Quelques réflexions sur l'institution du Médiateur, cité dans Le Médiateur de la République, p. 34.

⁶⁵ Le Médiateur de la République, p. 34.

Cette disposition concrétise les buts de la loi, tels qu'ils sont définis à l'article 1. Elle énumère les moyens d'action du Médiateur ou de la Médiatrice.

D'abord (let. a), il ou elle est chargé-e de renseigner les administré-e-s. Même s'il n'entre pas dans les attributions du Médiateur ou de la Médiatrice de dispenser des conseils juridiques, il ou elle sera amené-e à expliquer certains actes administratifs à des destinataires parfois désemparés. Ainsi, l'activité étatique sera mieux comprise.

Ensuite (let. b), et ce sera sa tâche principale, il ou elle devra instruire les requêtes qui lui parviennent et, cas échéant, faire des recommandations (cf. art. 22), étant admis qu'il ou elle ne pourra donner d'instructions aux autorités concernées, ni prendre de décisions, ni suspendre de procédures de son propre chef, cette possibilité demeurant de la compétence exclusive de l'autorité en charge du dossier (cf. art. 15 al. 3 et 16 al. 2).

Dès lors qu'il est important que ces processus ne s'enlisent pas, il ou elle devra remplir ses tâches dans des délais raisonnables (al. 2). Cette notion devra s'interpréter au cas par cas, notamment au vu de la complexité des affaires concernées.

Enfin, comme cela a été dit plus haut, son existence et son rôle doivent être connus. C'est la raison pour laquelle il ou elle devra informer le public sur son activité (al. 3). En effet, si parmi les buts de sa fonction, figure le renforcement de la confiance des administrés envers les autorités (art. 1 al. 3 let. b), encore faut-il que les administrés soient informés de ce qu'il ou elle fait. C'est ainsi qu'il ou elle sera appelé-e à adresser, chaque année, un rapport au Grand Conseil. Evidemment, la personnalité des personnes et autorités concernées sera respectée. Il n'est pas question de porter des noms sur la place publique ; le but recherché – le renforcement des liens entre l'administration et le public – en serait gravement compromis.

Article 14

Le Médiateur ou la Médiatrice ne pourra pas agir d'office. Il ou elle ne pourra ainsi pas *s'autosaisir* d'une situation (cf. al. 2). Il appartiendra ainsi soit à la personne concernée, soit à l'autorité en charge du dossier de saisir le Médiateur ou la Médiatrice. Il a en effet été noté, dans le cadre de la consultation, qu'une autorité en charge d'un dossier pourrait elle aussi juger opportun, pour éviter un conflit imminent, de saisir le Médiateur ou la Médiatrice.

Il est précisé, à toutes fins utiles, que s'agissant des « personnes concernées », la saisine est ouverte aux ressortissants suisses comme aux étrangers, aux personnes physiques comme aux personnes morales.

Article 15

Enfin, afin d'éviter des démarches superflues du Médiateur ou de la Médiatrice, voir une surcharge inutile de travail, toute personne concernée devra précéder sa requête des démarches usuelles auprès de l'autorité concernée pour résoudre simplement la difficulté : appel téléphonique, lettre, demande d'entrevue, etc ... (al. 1). Nombre de conflits latents pourront peut-être se résoudre de la sorte, le personnel de l'administration cantonale étant encore, dans sa très grande majorité, largement et facilement accessible.

Au vu des résultats de la procédure de consultation, le Conseil d'Etat propose, contrairement à ce qu'il avait proposé dans son avant-projet, de prévoir une requête écrite. Cette requête devra non seulement exposer l'identité de son auteur (ce qui comprend aussi la dénomination, le cas échéant, de l'autorité requérante), mais également l'objet du conflit et l'objectif poursuivi (al. 2). Cela revient, en d'autres termes, à proposer au Médiateur ou à la Médiatrice un *mandat clair de*

médiation. Le cas échéant, la personne ou l'autorité requérante devra ainsi justifier d'un intérêt à « saisir » : elle ne pourra donc porter à la connaissance du Médiateur ou de la Médiatrice qu'une situation individuelle, à l'exclusion des actes qui ne la concerneraient pas ou qui n'auraient pas suscité de différend. Ainsi, elle ne saura par exemple adresser au Médiateur ou à la Médiatrice de simples critiques ou des questions d'ordre général.

L'alinéa 3 prévoit que la requête n'est soumise à aucun délai. Cela signifie en substance qu'une médiation peut être demandée en tout temps.

Au vu des remarques émises dans le cadre de la procédure de consultation, et notamment en lien avec les procédures administratives pendantes, le Conseil d'Etat propose toutefois de rappeler expressément que l'autorité cantonale en charge du dossier peut suspendre une procédure administrative en cours pour permettre une médiation, par exemple dans les cas où cette éventualité serait suggérée par la personne concernée. En effet, si une telle possibilité n'était pas envisageable pour l'autorité cantonale, l'action du Médiateur ou de la Médiatrice pourrait n'avoir qu'une portée trop limitée lorsqu'une procédure administrative pendante progresse ; de fait, la saisine du Médiateur ou de la Médiatrice ne pourrait alors, parfois, être envisagée qu'en parallèle à une procédure de recours, et non comme une alternative. Afin toutefois d'éviter une suspension de procédure trop longue, l'autorité cantonale en charge du dossier pourrait, voire devrait alors, fixer un délai à la personne concernée pour saisir le Médiateur ou la Médiatrice cantonale, sous peine de la reprise de la procédure.

Enfin, il est rappelé qu'une fois saisi, le Médiateur ou la Médiatrice devra remplir sa tâche dans des délais raisonnables (art. 13 al. 2). Si tel ne devait pas être le cas, l'autorité cantonale en charge du dossier, qui demeure libre de la conduite de la procédure, pourrait décider de son propre chef de reprendre la procédure, ceci en application de l'article 16 al. 3.

Article 16

Il est essentiel, pour que la médiation administrative revête une véritable utilité, que le Médiateur ou la Médiatrice puisse intervenir non seulement en dehors de toute procédure administrative, mais aussi et surtout dans le cadre d'une procédure administrative pendante. Les motifs principaux tenant à ce choix, *essentiel pour l'utilité de l'institution*, sont exposés au ch. 5.3.1 du présent message explicatif. Il est par ailleurs rappelé, sous l'angle pratique, que ce système est appliqué et fonctionne à totale satisfaction, notamment dans le canton de Vaud.

Pour le surplus, il est simplement redit que l'intervention du Médiateur ou de la Médiatrice n'aura, par elle-même, aucune influence sur le cours de la procédure administrative (al. 2 et 3). L'autorité concernée demeure libre de sa décision : cela est juste et nécessaire, le Médiateur ou la Médiatrice ne pouvant imposer son point de vue et l'administration devant pouvoir poursuivre son activité sans faire l'objet de pressions.

Il s'agit toutefois de relever le renvoi (al. 2 in fine) à la possibilité expresse, ajoutée suite à la consultation, selon laquelle « l'autorité cantonale en charge du dossier peut suspendre la procédure afin de permettre une médiation » (cf. art. 15 al. 3). Les explications du Médiateur ou de la Médiatrice pourront peut-être conduire la personne concernée à renoncer à recourir contre une décision, annoncée et selon toute évidence inéluctable, qui ne la convaincrat pas. Ainsi, la médiation sera-t-elle peut-être de nature à soulager les autorités de recours.

Article 17

Les cas de récusation sont identiques à ceux qui concernent les autorités administratives. Renvoi est donc fait aux règles topiques du CPJA, étant admis et désormais expressément précisé, à l'alinéa 2, que l'autorité apte à trancher la question sera l'autorité de nomination, à savoir le Conseil d'Etat.

Article 18

Avant de procéder à un examen étendu d'une requête, le Médiateur ou la Médiatrice prendra des renseignements sur le bien-fondé de celle-ci. Il s'agit d'éviter, en effet, que des investigations poussées ne soient conduites alors que le cas annoncé serait fondé sur des faits inexacts.

Le Médiateur ou la Médiatrice dispose d'un pouvoir d'appréciation complet pour décider s'il ou elle entame un processus de médiation et pour en déterminer, le cas échéant, la portée et l'ampleur. Son action sera toujours dictée par le « mandat de médiation » au sens de l'article 15 al. 2 et les buts généraux de la médiation administrative, savoir notamment renforcer la confiance des administré-e-s envers les autorités (art. 1 al. 3 let. b). C'est dans cette optique qu'il ou elle prendra sa décision et qu'il ou elle n'entrera pas en matière sur des cas bagatelles ou écartera des demandes chicanières. S'il ou elle estime que l'objet de la requête n'entre pas dans sa compétence ou est irrecevable, il ou elle en informera la personne concernée.

Dans un certain nombre de cas, un simple rappel oral des procédures ou une explication plus détaillée de celles-ci suffiront certainement à lever une ambiguïté ou à régler le problème (cf. à ce sujet les rapports annuels 2007–2012 du Bureau cantonal de médiation administrative vaudois (BCMA), publiés à l'adresse internet <http://www.vd.ch/autorites/mediation-administrative/rapports-annuels/>). Si nécessaire, une entrevue entre l'administré-e et l'autorité cantonale concernée pourra également être mise sur pied.

Article 19

S'il ou elle décide de donner suite à une requête (al. 1 et 2), le Médiateur ou la Médiatrice devra agir en toute transparence. On peut le répéter : sa tâche ne consiste pas à créer un sentiment de défiance envers l'administration. Aussi informera-t-il ou informera-t-elle immédiatement la ou les autorités concernées, en leur donnant l'occasion de s'exprimer. Cette démarche se fera sans formalisme : le droit de s'exprimer pourra être exercé oralement ou par écrit. Le but est que l'autorité concernée puisse, dès le début de la médiation, prendre position sur les griefs qui sont formulés à son endroit, afin que, cas échéant, des faits inexacts ou des mises en cause infondées soient immédiatement corrigés. Le but de l'examen est donc double : il est d'établir les faits, mais aussi de déceler les causes de la requête. Le Médiateur ou la Médiatrice sera, de ce fait, à même de mieux cibler son intervention.

Dans le cadre de l'établissement des faits (al. 3), les moyens d'investigation du Médiateur ou de la Médiatrice seront relativement étendus : Envers les autorités cantonales au sens de l'article 2 al. 2, il ou elle pourra non seulement obtenir des renseignements écrits ou oraux, mais aussi consulter les documents ou s'entretenir avec les personnes concernées (al. 3 let. a à c). Il aura aussi la possibilité de procéder à des inspections des lieux ou de choses (al. 3 let. d). *A titre exceptionnel* (cf. al. 3 let. e), il ou elle pourra faire appel à des personnes spécialisées afin d'obtenir des éclaircissements. On peut penser, notamment, à des questions délicates d'aménagement du territoire ou de constructions, où les services d'une personne compétente permettraient une résolution plus rapide du litige. Les expériences des instances de médiation des autres cantons montrent que ce recours à des tiers est extrêmement réduit.

A teneur de l'article 19 al. 4, le Médiateur ou la Médiatrice pourra examiner l'affaire non seulement sous l'angle de la *légalité*, mais également sous l'angle de l'*opportunité*. Ces deux examens ont une portée radicalement différente : le premier se borne à vérifier que les limites légales n'ont pas été violées⁶⁶. Le second tend à déterminer si l'autorité a usé correctement de la faculté d'opter entre plusieurs solutions dans l'application de la loi⁶⁷. Réduire le champ d'action du Médiateur ou de la Médiatrice à l'examen de la légalité serait contre-productif. En effet, c'est précisément la fonction des autorités de recours que d'examiner une décision sous l'angle de la légalité. Ce n'est que par exception qu'elles peuvent examiner le grief d'inopportunité⁶⁸.

Article 20

L'article 20 a pour objet de compléter l'article 19.

Pour être à même de remplir sa mission correctement, le Médiateur ou la Médiatrice devra en effet avoir l'accès le plus large possible à l'information. Chaque autorité cantonale au sens de l'article 2 CPJA devra ainsi collaborer avec lui ou avec elle, sans que ses agents et agentes ne soient tenus par le secret de fonction (al. 2), étant admis que le Médiateur ou la Médiatrice est, quant à lui ou elle, tenu-e au secret. Cette levée du secret n'est valable que dans le cadre de l'affaire faisant l'objet du processus de médiation. Les personnes qui ont recours ou qui ont participé à la médiation sont, quant à elles, protégées par le secret de la médiation (art. 12).

Article 21

Une fois son examen terminé, le Médiateur ou la Médiatrice donnera les renseignements demandés, respectivement informera l'autorité concernée du résultat de ses investigations. Le cas échéant, il ou elle prendra acte, par écrit, d'un accord trouvé par les parties (al. 1 let. a et b). En cas d'échec, il ou elle mettra un terme formel à la procédure (al. 2), le cas échéant en fixant des émoluments et débours (art. 23)

Il est rappelé (al. 3) que le Médiateur ou la Médiatrice n'a aucun pouvoir de coercition : il ou elle ne peut ni donner d'instruction, ni prendre de décision au fond, pas plus qu'il ou elle n'a autorité pour suspendre ou modifier les décisions des autorités avec lesquelles il ou elle a affaire. Il ou elle ne pourra que faire les recommandations qui lui paraissent opportunes.

Article 22

Quoique légale, une mesure peut se trouver inappropriée aux circonstances. Il est possible qu'une autre mesure eût été mieux adaptée, plus efficace, produise un meilleur résultat, bref, *soit plus opportune*. Le Médiateur ou la Médiatrice pourra ainsi, s'il ou elle le juge nécessaire, émettre une recommandation à l'intention de l'autorité cantonale en charge du dossier. Il y a lieu de préciser deux points à ce sujet : 1) Comme pour toute activité étatique, l'intervention du Médiateur ou de la Médiatrice est dominée par le principe de la légalité : il ou elle devra appliquer le droit positif et ses propositions de règlement des différends ainsi que ses recommandations devront être conformes au droit ; 2) Les recommandations du Médiateur ou de la Médiatrice ne sont pas des décisions au sens du CPJA ; elles ne seront donc obligatoires ni pour l'autorité concernée, ni pour la personne éventuellement requérante. Aucun recours ne pourra par ailleurs être interjeté à leur encontre.

Afin toutefois d'éviter que les recommandations du Médiateur ou de la Médiatrice ne demeurent trop souvent lettre morte, l'autorité concernée aura l'obligation de les examiner et de l'informer des

⁶⁶ Pierre MOOR, Droit administratif, Volume I, Berne 1994, p. 375s.

⁶⁷ André GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 329.

⁶⁸ Art. 78 CPJA.

suites qu'elle y aura données. Il est précisé qu'une des suites possible demeurerait la possibilité de ne rien changer, étant entendu que le Médiateur ou la Médiatrice devra en être informé.

Article 23

Le but de la médiation étant, notamment, de rapprocher l'administration du citoyen ou de la citoyenne, elle doit être accessible à chacune et à chacun, indépendamment de ses moyens financiers.

C'est la raison pour laquelle un recours au Médiateur ou à la Médiatrice ne devra en principe générer aucun émolument (al. 1). Seuls les débours de l'autorité (à savoir ses frais), pourront être mis à la charge du requérant ou de la requérante (al. 2)

Article 24

Donnant suite à de nombreuses demandes issues de la procédure de consultation, le Conseil d'Etat propose de prévoir des exceptions ponctuelles au principe de la gratuité de l'émolument. Ces exceptions, citées à l'al. 1, sont calquées sur celles prévues, notamment, en matière d'accès à l'information.

A noter aussi (al. 2) que pour éviter, notamment, un usage inapproprié de l'institution par des personnes, un émolument pourra être mis à leur charge en cas de requête téméraire, abusive ou introduite à la légère. Ces notions seront appliquées à la lumière des principes en la matière généralement admis par la jurisprudence, notamment dans le cadre des procédures de plainte ou de recours.

Articles 25 et 26

Dès lors que la fixation d'éventuels frais de procédure change la situation juridique de la personne concernée, il s'agit d'une décision sujette à recours.

La fixation des frais de procédure sera, le cas échéant, le seul type de décision (sujette à recours) que pourra rendre le Médiateur ou la Médiatrice.

Article 27

Une seule modification du droit en vigueur semble nécessaire. Il convient de modifier *la loi sur les préfets* en y intégrant la tâche de médiation qui leur est désormais formellement reconnue en matière communale.

Article 28

Cet article ne nécessite pas de commentaire particulier.

8 LES CONSÉQUENCES DU PROJET

8.1 La conformité à la constitution du canton de Fribourg

Le projet concrétise l'article 119 de la Constitution du canton de Fribourg. Il est conforme à cette disposition constitutionnelle.

8.2 Le programme de législation

Le projet répond à la volonté exprimée par le Conseil d'Etat dans le chapitre 10.4 de son programme gouvernemental 2012–2016, « *Développer et appliquer le concept de médiation administrative* »⁶⁹.

8.3 Les conséquences financières et en personnel

L'institution d'un organe de médiation entraînera des dépenses modérées en termes de personnel et d'infrastructures.

Selon les estimations, un organe de médiation apte à répondre aux attentes des citoyens devra comprendre le Médiateur ou la Médiatrice (50% à 80%). L'idée d'instituer une suppléance a été abandonnée au profit de la désignation d'une personne, à savoir le ou la préposé-e compétent-e pour la médiation en matière d'accès à l'information, en cas d'empêchement ponctuel.

Les coûts maximaux annuels en personnel (Médiateur ou Médiatrice) peuvent être estimés à 200 000 francs environ. A cela devraient en principe s'ajouter les frais usuels d'infrastructure et ceux, usuels également, de fonctionnement. Il y a toutefois lieu de préciser à cet égard que puisque l'institution du Médiateur ou de la Médiatrice cantonal-e ne suppose, en principe, que l'engagement du Médiateur ou de la Médiatrice, des solutions de localisation seront trouvées dans des bâtiments existants, ce qui permettra encore de relativiser les coûts. Les tâches de secrétariat seront, le cas échéant, assumées par le secrétariat des autorités en matière de transparence et de protection des données (cf. art. 11 al. 3) ; cela impliquera vraisemblablement, à terme, une adaptation des forces nécessaires pour exécuter ces tâches supplémentaires.

En contrepartie, des procédures juridictionnelles pourront peut-être être évitées, ce qui induirait alors des réductions de coûts dans d'autres secteurs de l'administration. Il est toutefois impossible de faire des estimations à cet égard.

8.4 Les conséquences sur les relations entre l'Etat et les communes

Le projet propose que le préfet assure la médiation entre les administré-e-s et les autorités communales. Cela implique formellement une réduction de l'autonomie communale en la matière.

Sur le plan matériel, les relations entre l'Etat et les communes ne seront toutefois pas touchées par cette formalisation, dès lors que les préfets exercent déjà cette activité, dans les faits, depuis de nombreuses années.

8.5 La conformité au droit fédéral et l'eurocompatibilité

8.5.1 Le droit fédéral

Le projet ne présente aucun problème de compatibilité avec le droit fédéral.

8.5.2 Le droit européen

Le projet ne présente aucun problème de compatibilité avec le droit européen.

8.5.3 Le Conseil de l'Europe

La Suisse est membre du Conseil de l'Europe depuis 1963. A ce titre, elle participe au Congrès des pouvoirs locaux et régionaux d'Europe (CPLRE).

⁶⁹ Programme gouvernemental et plan financier de la législation 2012-2016, p. 38.

Le CPLRE a pris des résolutions et émis une recommandation au sujet des ombudsmans⁷⁰.

Parallèlement, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a recommandé, en 1985 déjà, aux Etats membres d'examiner la possibilité de nommer un ombudsman et d'habiliter celui-ci à engager des enquêtes et à donner des avis lorsque des questions touchant aux droits de l'homme sont en jeu⁷¹. Enfin, le Comité des ministres a, dans une recommandation du 5 septembre 2001, invité les gouvernements des Etats membres à promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (recours administratif, conciliation, médiation, transaction, arbitrage)⁷².

Quand bien même le projet n'institue pas d'ombudsman, les grands principes déclinés dans ces textes (indépendance et impartialité du médiateur, accès à l'information, proximité avec le citoyen) y sont repris.

8.6 Les incidences sur le développement durable

Le projet a globalement une incidence favorable à très favorable en termes de développement durable. Ses effets se feront essentiellement ressentir sous l'angle de la stabilité sociale et de la bonne gouvernance. En effet, d'une part, la médiation administrative vise, le cas échéant, à renouer le dialogue et à rétablir un climat de confiance entre les citoyennes et citoyens et l'Etat. Elle est à même de les orienter sur le fonctionnement de l'administration et sur les règles en vigueur. Elle contribue ainsi à la cohésion sociale. D'autre part, par son action, le médiateur ou la médiatrice est en mesure de décharger les services de l'Etat d'un certain nombre de tâches d'explication. C'est dire que l'instance de médiation constitue un instrument au service de l'efficacité de l'Etat.

Le rapport « Boussole 21 » relatif aux incidences sur le développement durable est disponible sur le site des Publications officielles (<http://www.fr.ch/publ/fr/pub/index.cfm>).

⁷⁰ Résolutions N° 80,191, recommandation N° 61.

⁷¹ Recommandation R(85)13 du Comité des ministres du 23 septembre 1981 relative à l'institution de l'ombudsman.

⁷² Recommandation Rec(2001)9 du Comité des ministres du 5 septembre 2001 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.