

Rapport d'activité 2019

—
pour la période du 1er janvier
au 15 novembre 2019



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Médiation cantonale administrative Med
Kantonale Ombudsstelle Omb



Table des matières

1	Tâches et organisation	4
1.1	En général	4
1.2	Relations avec le public, communication	4
1.3	Organisation et ressources	4
2	Activités du Médiateur cantonal	4
2.1	Quelques chiffres	4
2.1.1	Nombre de prises de contact durant l'année en cours	4
2.1.2	Provenance géographique	5
2.1.3	Langue des demandes	5
2.1.4	Forme de la demande	5
2.1.5	Directions concernées	5
2.1.6	Types de prestations (incluant les cas ouverts l'an précédent)	6
2.1.7	Résultats selon art. 20 LMéd (incluant les cas ouverts l'an précédent)	6
2.2	Situations spéciales	6
2.2.1	Non compétent	6
2.2.2	Récusation	6
2.2.3	Collaboration intercantonale	6
2.3	Quelques exemples concrets	7
2.3.1	Cas 1 : Relation entre un demandeur d'asile et Caritas Fribourg	7
2.3.2	Cas 2 : Désaccord avec le traitement par l'ECAB de dégâts causés par la grêle	8
2.3.3	Cas 3 : Incompréhension d'un montant facturé	9
3	Observations et commentaires	10
3.1	Médiateur ou Ombudsman ? Sens et finalité de ces fonctions	10
3.2	L'indépendance du Médiateur cantonal : enjeu central de la fonction	11
3.3	Quel avenir pour la médiation cantonale administrative ?	12
4	Remarques finales et remerciements	13

1 Tâches et organisation

1.1 En général

La troisième année de la Médiation administrative, dernière année du présent titulaire, s'est caractérisée par un moins grand nombre de médiations, mais par contre par plusieurs cas plus complexes et pour lesquels le processus de médiation a pu s'étendre sur plusieurs mois.

Une autre caractéristique pour l'année 2019 aura été les divergences entre le Conseil d'Etat et le Médiateur cantonal, relayées dans les médias. Ces divergences se sont exprimées en lien avec une demande de médiation concernant la DSAS, et se sont cristallisées dans le cadre de la transmission du Rapport d'activité 2018 au Grand Conseil (art. 12.3 LMéd).

1.2 Relations avec le public, communication

L'année 2019 a été caractérisée par quelques interventions dans les médias en lien avec une médiation, et une conférence de presse de départ du titulaire (2.12.2019).

1.3 Organisation et ressources

Le Médiateur s'est exprimé dans son rapport d'activité 2018 sur les ressources et l'organisation de la médiation administrative cantonale¹. Le Conseil d'Etat a décidé de repourvoir le poste à un taux d'activité de 40%, soit en-deçà des 60 à 100% recommandés.

2 Activités du Médiateur cantonal

2.1 Quelques chiffres

En raison de la cessation de l'activité du titulaire à la fin de l'année, les chiffres 2019 sont arrêtés au 15 novembre.

Etant donné le nombre de situations, il ne peut bien entendu s'agir que de tendances et non de statistiques significatives. Voici quelques chiffres-clés illustrant l'activité 2019, en comparaison avec les années précédentes.

2.1.1 Nombre de prises de contact durant l'année en cours

	2017	2018	2019	Total
<i>Total des nouvelles sollicitations :</i>	43	62	42	147
Par l'administration cantonale	7	4	0	11
Par des administrés (hommes)	24	27	27	79
Par des administrées (femmes)	7	25	10	42
Par des entreprises, organisations ou groupes de personnes	4	3	1	8
Par des couples / familles	0	3	2	5
Par des communes	0	0	1	1
Autres	1 (journaliste)	1 (conflit interne)	1 (conflit interne)	3

¹ MED, Rapport d'activité 2018, chap. 3.4

2.1.2 Provenance géographique

	2017	2018	2019	Total
Sarine	19	12	15	46
Singine	7	12	4	23
Lac	4	5	3	12
Gruyère	4	7	2	13
Broye	3	7	1	11
Glâne	1	2	3	6
Veveyse	1	0	1	2
Hors canton	1	8	4	13
Autres/non-déterminées	3	10	10	23

2.1.3 Langue des demandes

	2017	2018	2019	Total
F	21 (50%)	37 (60%)	23 (55%)	81 (55%)
D	21 (50%)	24 (39%)	17 (40%)	62 (42%)
Autres	1	1	2	4

2.1.4 Forme de la demande

	2017	2018	2019	Total
Téléphone	25 (58%)	35 (56%)	17 (35%)	77 (52%)
e-mail	11 (26%)	8 (12%)	16 (33%)	35 (24%)
Site internet	3 (7%)	11 (18%)	11 (23%)	25 (17%)
Courrier postal	1	6	4	11 (7%)
Contact direct	3	0	0	3
Autres	0	2	0	2

2.1.5 Directions concernées²

	2017	2018	2019	Total
DFIN	5	12	5	22
DIAF	5	3	1	9
DICS	2	1	3	6
DAEC	2	7	5	14
DSAS	1	5	3	9
DEE	0	0	0	0
DSJ	0	0	2	2
Autres (ECAB, OCN...)	3	2	3	8
Préfectures	1	0	1	2

² Dans certains cas, plusieurs Directions peuvent être concernées. Uniquement pour les cas où le Médiateur cantonal est compétent.

2.1.6 Types de prestations (incluant les cas ouverts l'an précédent)

	2017	2018	2019	Total
Pour les requêtes où le Médiateur cantonal est compétent :	21 (49%)	28 (43%)	19 (30%)	68 (45%)
> Conseil et information (sans rencontre entre les parties)	6	5	3	14
> Entremission / médiation « navette » (sans rencontre entre les parties)	5	15	7	27
> Médiation (avec rencontre entre les parties)	1	2	2	5
> Demandes sans objet ou avortées	6	3	6	15
> En cours au 31.12 ³	3	3	2	8
Non compétent ⁴ :	22 (51%)	37 (57%)	25 (70%)	84 (55%)
> Affaires communales	8	17	7	32
> Administration fédérale, autorités appliquant une législation fédérale	2	6	3	11
> Affaires judiciaires, police	5	5	1	11
> Autorités disposant de leur propre service de médiation (ATPrD, chômage, HFR, ESS, ...)	5	5	3	13
> Autres	2	8	5	15

2.1.7 Résultats selon art. 20 LMéd (incluant les cas ouverts l'an précédent)

	2017	2018	2019	Total
Renseignements utiles (art. 20.1a)	3	9	4	16
Accord entre les parties (art. 20.1b)	2	8	5	15
Echec ou impossibilité (art. 20.2)	3	5	4	12

Le Médiateur n'effectue pas de saisie ni d'interprétation statistique de la durée ni du nombre d'heures pour chaque cas, qui peuvent grandement varier.

La baisse de demandes ne trouve guère d'explication : l'expérience des autres services similaires des villes et cantons montre que le nombre de demandes est très fluctuant d'une année à l'autre, sans qu'il soit possible d'attribuer une quelconque cause claire à ce phénomène. Concernant Fribourg en particulier, l'hypothèse peut néanmoins être faite qu'en raison des ressources très restreintes, le Médiateur n'est pas en mesure de prendre des mesures de communication visant à faire connaître la fonction. Et quand bien même la fonction serait mieux connue, elle ne disposerait pas de ressources en suffisance pour traiter les demandes.

2.2 Situations spéciales

2.2.1 Non compétent

Le Médiateur n'était pas compétent dans plus de la moitié des cas qui lui ont été soumis. Dans sept cas, des autorités communales étaient concernées.

2.2.2 Récusation

Un seul cas de récusation du Médiateur cantonal pour l'année 2019 (autorité concernée : OCN).

2.2.3 Collaboration intercantonale

Le Médiateur a été sollicité une fois par le Bureau vaudois de médiation administrative (voir chap. 2.3.1) et une fois par l'Ombudsman du canton de Zurich.

³ Pour 2019, au 15.11.19
⁴ Selon LMéd

2.3 Quelques exemples concrets

2.3.1 Cas 1 : Relation entre un demandeur d'asile et Caritas Fribourg

Situation de départ, demande

En janvier 2019, le Bureau cantonal de médiation administrative du Canton de Vaud informe avoir reçu un réfugié statutaire syrien attribué avec sa famille au canton de Fribourg. Monsieur A, se sentant peu intégré à Fribourg, a décidé de s'établir dans le canton de Vaud sans faire de demande formelle de changement de canton et malgré de nombreux avertissements donnés par son assistante sociale de Caritas Fribourg, l'autorité cantonale fribourgeoise compétente⁵. Il a emménagé avec sa famille le 1^{er} décembre 2018 dans le Canton de Vaud.

Le 20 décembre 2018, Caritas-Fribourg notifie à Monsieur A une décision formelle d'interruption de l'aide sociale financière à partir du 1^{er} décembre 2018, vu qu'il est domicilié hors canton dès cette date.

Le Service de la population du canton de Vaud (SPOP) refuse le 22 janvier 2019 le changement de canton, car le couple n'est pas indépendant financièrement ; ce refus est assorti d'un délai d'un mois pour quitter le territoire vaudois. Monsieur A et sa famille retournent alors dans le Canton de Fribourg.

En vertu des décisions prises par les autorités vaudoises et fribourgeoises, contre lesquelles il n'a pas fait recours, Monsieur A ne peut donc pas toucher d'aide financière ni du canton de Vaud, ni du canton de Fribourg pour les mois de décembre 2018 et janvier 2019.

La situation met la famille de Monsieur A dans une situation financièrement difficile, compliquée par des difficultés linguistiques et de compréhension du fonctionnement des autorités.

Monsieur A se plaint du comportement de ses interlocuteurs-trices à Caritas, qu'il qualifie de « discriminatoire, non-engagé et non-collaboratif ». Il demande à obtenir l'aide sociale pour les mois de décembre et janvier, et une aide financière pour pouvoir honorer diverses factures ouvertes. Il demande également, afin de retrouver sa dignité, à obtenir du soutien pour apprendre le français et trouver un travail.

Processus de médiation

Après analyse du dossier et des bases légales applicables, le Médiateur cantonal décide d'entrer en matière et d'établir les faits. En plus d'être un dossier concernant plusieurs autorités et bases légales, la médiation est compliquée par les différences culturelles, par une difficulté à identifier les personnes concernées, également les personnes de l'entourage de Monsieur A supposées l'aider, et par des demandes qui changent avec le temps. Le conflit comporte donc un volet thématique (des questions d'aides) et également un volet relationnel (sentiment de ne pas être traité correctement).

Le Médiateur entend à plusieurs reprises les parties séparément, puis organise une rencontre commune avec le soutien d'une interprète communautaire de Caritas. Dans ce cadre, Caritas peut présenter une nouvelle fois de manière claire ce qui est possible et ce qui ne l'est pas, et Monsieur A peut formuler ses reproches et ses demandes directement. Les parties se mettent d'accord sur des mesures très concrètes, qui seront ensuite mises en œuvre à satisfaction du demandeur.

Le Médiateur clôt la médiation après annonce par les parties que leurs relations sont à nouveau fonctionnelles.

Résultats et recommandations

La demande principale de Monsieur A était d'obtenir l'aide sociale pour les mois de décembre et janvier. Alors que Caritas-Fribourg l'avait explicitement, à plusieurs reprises, et avec l'appui d'une interprète, rendu attentif aux conséquences, Monsieur A a tout de même choisi de déménager dans le Canton de Vaud. Pour ce thème particulier,

⁵ En vertu d'une convention entre l'Etat de Fribourg et Caritas Fribourg
https://www.fr.ch/sites/default/files/contens/sasoc/ www/files/pdf85/fr_convention-caritas.pdf

la médiation n'a pu servir qu'à mettre Monsieur A face à ses responsabilités et lui communiquer clairement qu'il n'existe plus aucune marge de manœuvre sur cette question.

Le résultat principal de la médiation est avant tout au niveau relationnel : en effet, le cadre légal ne permet pas à Caritas de répondre de manière satisfaisante à toutes les demandes de Monsieur A. Par contre, les parties ont pu rétablir la confiance : Caritas a à la fois présenté les aides possibles, et a été très explicite sur les conditions dans lesquelles ces aides s'organisent.

Dans le présent cas, le Médiateur n'a pas constaté que Caritas aurait agi de manière contraire au droit ou inopportune (art. 18.4 LMéd). En conséquence, il n'a pas émis de recommandation.

Ce cas illustre bien les fonctions multiples que peut remplir une médiation administrative:

- Permettre aux administré-e-s de mieux comprendre le fonctionnement des autorités, et donc la manière de faire valoir leurs droits ;
- Indiquer aux administré-e-s, parfois de manière confrontante, les limites du droit et aussi leurs responsabilités dans leur propre problématique ; les aider ainsi à accepter des situations qui ne peuvent plus évoluer, à passer à autre chose ;
- Rétablir des relations fonctionnelles.

2.3.2 Cas 2 : Désaccord avec le traitement par l'ECAB de dégâts causés par la grêle

Situation de départ, demande

En juin 2018, après un été très sec, un violent orage de grêle s'abat dans les préalpes singinoises. Le lendemain de l'orage, Madame B constate que le toit en tavillons de son chalet a été sévèrement endommagé, et fait le jour même une déclaration de sinistre auprès de l'ECAB, déclaration documentée avec des photographies. Alors que le temps passe, elle tente à plusieurs reprises de contacter l'ECAB pour obtenir des informations sur le traitement de son dossier : en effet, les dommages sont tels que des réparations importantes avant l'hiver semblent indispensables. Sans réponse de la part de l'ECAB, elle mandate les travaux mi-septembre, car il est habituel d'avoir de la neige sur son alpage dès la mi-novembre.

Madame B obtient en octobre un renseignement téléphonique, qu'elle comprend comme une décision, sur le montant du dédommagement. Mi-octobre, elle reçoit un courrier de l'ECAB lui indiquant qu'elle recevrait prochainement une estimation des dommages. Elle y répond en indiquant son étonnement sur la lenteur de la procédure et répétant l'information qu'elle a mandaté les travaux. Fin octobre, l'ECAB communique ses réflexions techniques sur les dommages et prie Madame B de transmettre les factures des travaux, ce que cette dernière fait de suite. S'en suivent divers entretiens téléphoniques et correspondances, sur fond de désaccord, qui conduisent l'ECAB à mandater un expert, car l'ECAB conteste l'urgence ainsi que la nécessité d'une réparation totale du toit. L'expert ne peut faire qu'un constat partiel à mi-décembre, les travaux étant terminés : son rapport, rédigé en français, complique encore la relation entre l'ECAB et Madame B. Après traduction allemande du rapport par l'ECAB, Madame B prend position et conteste plusieurs points.

En mars 2019, l'ECAB rend une décision formelle qui ne convient pas à Madame B, car le montant des dédommagements est très inférieur à l'estimation des dégâts qui lui a été communiquée précédemment. Madame B saisit le Médiateur cantonal à ce moment, ne sachant comment procéder.

Processus de médiation

Comme la décision formelle vient de tomber, le Médiateur conseille à Madame B de déposer formellement un recours contre cette décision, afin de pouvoir garder ouverte une voie de droit lui permettant de protéger ses intérêts. Parallèlement, il prend contact avec l'ECAB et lui demande s'il est d'accord, au sens de l'art. 14.3 LMéd, de « suspendre la procédure afin de permettre une médiation », ce qu'il accepte.

Après des entretiens préparatifs avec les parties, et suivant leur volonté, le Médiateur les invite à une séance de

médiation. Au cours de celle-ci, les représentants de l'ECAB présentent à Madame B la manière dont les calculs sont effectués et informent que cette pratique, spécifique pour les toits en tavillons, est en place depuis plusieurs années et est comprise et acceptée par les professionnels de la branche comme par les propriétaires. Ils indiquent que le fait de mandater des travaux de réparation avant la décision finale de l'ECAB peut conduire à l'annulation du droit d'être dédommagé. Ils informent également sur les voies de droit qui se présentent à elle en cas de désaccord et la manière correcte de procéder dans un tel cas.

Les représentants de l'ECAB reconnaissent de plus que les délais de traitement du dossier n'ont pas été adéquats et s'en excusent auprès de Madame B.

Résultats et recommandations

Suite à l'entretien de médiation, Madame B remarque qu'il lui sera difficile d'argumenter contre l'ECAB, d'une part parce que l'argumentation technique lui semble solide, et d'autre part parce que les preuves de la nécessité de réparer rapidement et complètement le toit en tavillons ont disparu avec les travaux. Elle décide de renoncer à faire recours et accepte la décision de l'ECAB, non sans un sentiment d'amertume. L'impossibilité d'obtenir un accord conduit le Médiateur à clore la médiation.

Dans son examen de la légalité et de l'opportunité (art. 18.4), le Médiateur indique qu'il n'a pas pu constater que l'ECAB se serait comporté de manière contraire au droit. Concernant l'opportunité : l'art. 8.3 CPJA indique que l'autorité « est tenue de statuer dans un délai raisonnable et de s'abstenir de tout excès de formalisme. » Entre l'annonce du dégât par Madame B et la décision formelle de l'ECAB se sont déroulés 9 mois, délai que les nombreuses interventions de Madame B auprès de l'ECAB n'auront pas permis de raccourcir. Même si la procédure s'était déroulée selon un calendrier plus rapide, il est peu vraisemblable que l'ECAB aurait décidé de manière plus favorable à la demanderesse. Pour autant, le Médiateur apprécie que ce principe de « délai raisonnable » n'a pas été respecté, partant le traitement de l'affaire par l'ECAB peut être qualifié de non-opportun. Comme l'ECAB a présenté ses excuses à la demanderesse, le Médiateur a renoncé à émettre une recommandation.

2.3.3 Cas 3 : Incompréhension d'un montant facturé

Situation de départ, demande

Monsieur C, de nationalité française, déménage du Canton de Vaud dans le Canton de Fribourg. Il reçoit une facture du Service de la population et des migrants (SPoMi) d'un montant de 82.40 CHF. Selon son appréciation, le montant est exagéré, et son analyse des bases légales applicables aboutit au calcul d'un montant de 65.85 CHF, qu'il propose au SPoMi. S'ensuit un échange de correspondances qui évolue en conflit, conduisant Monsieur C à solliciter le Médiateur cantonal.

Monsieur C a l'impression que le montant de la facture ne correspond pas à la prestation reçue, et se sent « racketté par les administrations ».

Processus de médiation

Après avoir été sollicité par le Médiateur, le SPoMi propose spontanément de recevoir Monsieur C pour lui expliquer la construction de la facture, ce qu'il fait en l'absence du Médiateur.

Résultats et suite du processus

Monsieur C se déclare « pleinement satisfait » des explications reçues, paie le montant demandé et retire sa demande de médiation administrative. La médiation ayant constitué à faciliter la communication directe entre les protagonistes, le Médiateur n'a pas eu à établir les faits.

Ce type de situation est la représentation « idéale » de la résolution d'un conflit administratif: en effet, il incombe en premier lieu à l'autorité de trouver des solutions, soit par la voie formelle d'une décision avec voie de recours, soit par le dialogue, au conflit. La médiation administrative est un service complémentaire, qui s'inscrit en subsidiarité du fonctionnement de l'autorité.

3 Observations et commentaires

Les présents propos sont une sorte de bilan des trois premières années de la médiation administrative cantonale. Ils visent à nourrir les discussions politiques sur l'évolution de la fonction.

3.1 Médiateur ou Ombudsman ? Sens et finalité de ces fonctions

Cette question lancinante s'est posée dès le début de l'entrée en fonction du titulaire, et est devenue particulièrement aigüe en lien avec une médiation entre une Fondation et la DSAS. Dans la lancée de ce cas, il a été argumenté que le Médiateur se serait déclaré compétent là où il ne le serait pas, que la médiation administrative présupposerait la participation volontaire des parties (en particulier de l'autorité cantonale concernée), et que le législateur n'aurait pas souhaité d'ombudsman, ne désirant pas d'un surveillant des autorités.

Dans son message du 4 novembre 2014, accompagnant le projet de loi sur la médiation administrative (LMéd), le Conseil d'Etat s'exprimait comme suit au chap. 1.2.1 concernant la **distinction entre Médiateur 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'autorité. 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'ombudsman.

Sans répéter ici tout l'historique et le contexte des ombudsmans et médiateurs administratifs⁶, rappelons-en certains principes. Pour cela, considérons un document récent⁷ approuvé par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, dont le Conseiller fédéral Ignazio Cassis est membre. Les tâches classiques d'une institution d'ombudsman⁸ sont les suivantes (traduction libre de l'auteur) :

- a) Agir suite à une réclamation reçue ou de leur propre initiative, afin de protéger toute personne ou groupe de personne contre de mauvaises pratiques administratives, violation des droits, inégalité, abus, corruption ou toute autre injustice commise par des agents de la fonction publique, notamment en mettant à disposition un service (...) non-judiciaire permettant la résolution des conflits entre individus et agents de la fonction publique, incluant si adéquat la médiation
- b) Protéger et promouvoir les droits humains et les libertés fondamentales, l'exercice du droit et la gouvernance démocratique, incluant lorsque pertinent des propositions de modifications législatives, résolutions de conflit ou autres
- c) Émettre des recommandations permettant de prévenir et remédier à tout comportement décrit sous la lit. a), et lorsqu'approprié, proposer des réformes administratives ou législatives visant l'amélioration du service public ; (...) s'assurer que les institutions d'Ombudsman ont le droit de rapporter de tels comportements à un organe élu, habituellement le parlement
- d) Coopérer (...) avec divers (...) parties prenantes actives dans des domaines similaires.

Dans leur compréhension communément partagée, de tels services ont donc des **rôles de prise en charge des plaintes et réclamations, d'investigation, de force de proposition, de médiation et de défense des droits des citoyens**.

⁶ Voir notamment message de la DIAF accompagnant le projet de loi (4.11.14)

⁷ Recommandation CM/Rec(2019)6 of the Committee of Ministers to member States on the development of the Ombudsman institution, 16.10.2019

⁸ Selon CM/Rec(2019)6: « institutions d'ombudsmans »: ombudsmans, médiateurs, commissaires parlementaires, défenseurs des citoyens, commissaires des droits humains etc.

Comment le Médiateur cantonal fribourgeois a-t-il compris et pratiqué sa fonction dans ce contexte comportant une certaine ambivalence⁹ ? Voyons ce que dit la législation fribourgeoise.

L'art. 1.3 LMéd prévoit les missions d' « *encourager les autorités à favoriser de bonnes relations avec les administré-e-s, contribuer à améliorer le fonctionnement des autorités et éviter aux autorités des reproches infondés.* » A l'évidence, ces missions sont caractéristiques de celles d'un ombudsman. En effet, elles ne peuvent pas être remplies ni par l'information aux administré-e-s ni par la réalisation de médiations.

Ces caractéristiques d'un ombudsman se retrouvent plus loin dans la LMéd. Dès le moment où le Médiateur a décidé de donner suite à une requête (art. 18.1), la poursuite du processus comporte des éléments obligatoires : il doit établir les faits et identifier les causes d'une requête (art. 18.2), ainsi qu'examiner la légalité et l'opportunité de l'action de l'Etat (art. 18.4). Il a de plus la possibilité d'émettre des recommandations (art. 21).

Enfin, la LMéd prévoit une obligation d'entraide administrative de la part des autorités (art. 19), concrétisant le fait que l'administration doit se soumettre à l'examen du Médiateur.

Le message de la DIAF accompagnant le projet de loi (4.11.14) indiquait d'ailleurs que « *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.* »

Constatons de plus que l'intitulé alémanique de la Loi (« Ombudsgesetz ») comme de la fonction (« Ombudsstelle »), découlent de l'article 119 Cst « *Der Staatsrat richtet eine unabhängige Ombudsstelle für Verwaltungsangelegenheiten ein.* » et est donc explicite sur cette question.

A ce stade, après analyse et en comparaison avec les récentes recommandations du Conseil de l'Europe, force est de constater que **la LMéd comporte bel et bien des éléments spécifiques d'un service d'ombudsman**. Ce qui distingue la situation fribourgeoise sont d'une part que le Médiateur n'est pas élu par le législatif, mais nommé par l'exécutif (même s'il rapporte au législatif selon l'art. 12.3), et que d'autre part il ne peut pas agir de sa propre initiative (art. 13.2).

En pratique, le Médiateur a rempli cette mission à plusieurs reprises et a émis diverses recommandations envers l'autorité (quatre fois en 2018, cinq fois en 2018, une fois en 2019). Le plus souvent, l'autorité accueille ce regard externe ainsi que les recommandations, même parfois perçues comme « déplaisantes », comme une contribution à l'amélioration de ses pratiques administratives, dans l'esprit de la LMéd. Une différence notable est une médiation particulière¹⁰ qui a conduit le Conseil d'Etat à manifester une divergence avec le Médiateur dans le cadre de la transmission de son rapport d'activité au Grand Conseil. Cet épisode, dont la page est désormais tournée, est à mettre sur le compte d'un apprentissage institutionnel : non seulement le premier Médiateur en fonction, mais également l'administration, l'exécutif comme le législatif, ont à expérimenter ce nouveau dispositif dans le système étatique.

3.2 L'indépendance du Médiateur cantonal : enjeu central de la fonction

L'indépendance du Médiateur cantonal est le **principe fondamental de la fonction**. Il est inscrit dans l'art. 119 Cst qui stipule que « *Le Conseil d'Etat institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant.* »

Dans son rapport d'activité 2018, le Médiateur évoquait déjà ce qui suit :

L'indépendance est le droit reconnu à chaque administré-e de bénéficier du traitement de sa demande par un Médiateur qui n'est pas subordonné ou assujéti à une autorité administrative ou politique et qui n'est pas sous influence de groupes de pression. Elle est la manifestation par le Médiateur de l'impossibilité d'une

⁹ Voir également Mirimanoff Jean A., Comment affronter un oxymore ? Réflexions sur l' « instance de médiation » de l'art. 115 de la Constitution genevoise, observations et propositions sur le projet de loi l'instituant (PL 11276), 11.2.2014, <http://www.mediationgeneve.ch/COMMENT%20AFFRONTER%20UN%20OXYMORE.pdf>

¹⁰ Voir La Liberté, 9.10.2018

instrumentalisation, soit l'empêchement de toute tentative d'influence sur son traitement du dossier par les parties, les demandeurs, l'autorité publique, les médias ou l'opinion publique. Cela signifie pour le Médiateur d'émettre un avis, proposer une démarche et émettre des recommandations en faisant abstraction des influences externes, des pressions, des jeux de pouvoir, sans craindre de déplaire ni envie de plaire.

Dans La Liberté du 27 août 2019, la rectrice de l'Université de Fribourg, Mme Astrid Epiney, s'exprimait comme suit quant à l'indépendance des juges (extraits choisis) :

La séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est un élément essentiel de l'Etat de droit. Impliquant, entre autres, l'indépendance du pouvoir judiciaire, elle vise à un certain équilibre de l'exercice du pouvoir étatique. Elle permet ainsi d'éviter une trop grande concentration du pouvoir et, donc, d'éventuels abus. Elle assure également le respect du droit en général et la protection des droits des particuliers.(...)

Ainsi, l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est jamais garantie et réalisée une fois pour toutes. Il importe d'observer continuellement si et dans quelle mesure les mécanismes existants sont suffisants, d'identifier de possibles dangers et d'examiner à temps si des modifications (notamment quant aux garanties institutionnelles) ou du moins des réactions s'imposent.

(...) De même, le fait de prétendre que les juges auraient outrepassé leurs compétences, simplement parce que l'on n'approuve pas un arrêt, témoigne d'un certain mépris du pouvoir judiciaire et de son rôle important pour l'Etat de droit.

La question de l'indépendance du Médiateur cantonal n'est donc pas sans analogie avec l'indépendance de la Justice.

En l'état actuel, après 3 ans d'expérience, l'indépendance du Médiateur ne peut pas être considérée comme établie.

En premier lieu, il incombe au pouvoir politique plutôt qu'au Médiateur lui-même de veiller à cette indépendance : le Médiateur devrait pouvoir la considérer comme un prérequis. Comme elle lui est donnée par la Constitution, il ne devrait pas avoir à la justifier ni à la défendre, ceci non pas dans son intérêt propre, mais au service du fonctionnement de la société, des bonnes relations entre l'Etat et les administré-e-s, et donc de l'équilibre des pouvoirs tel qu'évoqué par Mme Epiney.

Ce pouvoir politique devrait ainsi rester attentif à ce qu'aucune mesure politique, administrative, organisationnelle ou financière n'impacte sa liberté de décision, d'action et de communication. En suivant les récentes recommandations du Conseil des Ministres évoquées plus haut, il s'agirait même plutôt de « renforcer les institutions d'ombudsman et éviter toute mesure qui pourrait les affaiblir, et évaluer sur une base régulière l'efficacité des mesures prises. »¹¹

3.3 Quel avenir pour la médiation cantonale administrative ?

Dans son précédent rapport d'activité 2018 (chap. 3.2.), le Médiateur a tenté de préciser la question de la participation volontaire de l'autorité. D'aucuns estiment néanmoins que cette ambiguïté subsiste et qu'elle nécessiterait une clarification, laquelle pourrait avoir lieu dans la cadre d'une future révision de la LMéd. A ce stade se pose la question de savoir s'il s'agit d'une question de compréhension, qui pourrait donc être clarifiée par une correction rédactionnelle, ou alors s'il s'agit d'une question d'acceptation du rôle, qui est de nature politique.

La modification de la base légale d'un service de médiation administrative ou d'ombudsman, comme d'ailleurs du cadre organisationnel, conduit à trois types d'issues possibles : soit le service s'en trouve renforcé, soit il s'en trouve affaibli, soit la modification est relativement neutre.

—

¹¹ Recommandation CM/Rec(2019)6 of the Committee of Ministers to member States on the development of the Ombudsman institution, 16.10.2019

Toute institution de médiation administrative ou d'ombudsman, avec son indépendance, peut être perçue comme « dérangeante » par certains pouvoirs publics. Car il y a effectivement un enjeu de pouvoir : un-e ombudsman interpelle les autorités, remet en question leur usage du pouvoir, rend également leurs comportements contestables par un autre biais que la voie judiciaire. Il est possible de considérer cela comme un gain démocratique – ou pas.

Pour qu'une telle institution puisse exister et fonctionner, elle a besoin de plus qu'un article constitutionnel, indispensable mais insuffisant. Elle nécessite une véritable volonté politique. Celle-ci s'exprime par des bases légales adéquates (ce qui est relativement le cas à Fribourg) et par des ressources et des conditions organisationnelles fonctionnelles (ce qui n'est que partiellement le cas à Fribourg). Elle nécessite surtout une culture politique où ces enjeux de pouvoir peuvent être discutés. La question de la confiance de la population dans ses autorités et dans ses institutions est étroitement liée à la possibilité qu'elle a de pouvoir les contester. Le cadre donné par un service de médiation administrative permet justement de traiter de telles contestations de manière constructive pour toutes les parties.

La fonction sera appelée à évoluer, c'est bien naturel. Dans cette évolution, quelques questions critiques seront à garder constamment à l'esprit lors des débats politiques et démocratiques: au service de quoi, et de qui, les modifications législatives seront-elles? Renforceront-elles les droits fondamentaux, ou alors conduiront-elles à une réduction de la contestabilité des autorités ?

4 Remarques finales et remerciements

Au court de ces trois années, le Médiateur n'aurait pas été en mesure d'exercer sa fonction sans le soutien des instances suivantes :

Le personnel de la Chancellerie et autres services de l'Etat, pour des prestations informatiques, logistiques, administratives, comptables, juridiques, de traduction et de communication ;

Les collaboratrices, collaborateurs et cadres de l'Etat, côtoyé-e-s dans le cadre des nombreuses médiations ou demandes de médiation, pour leur disponibilité et ouverture d'esprit ;

Les collègues médiatrices, médiateurs, ombudsmans de diverses villes et cantons, pour les échanges d'expériences et intervisions.

Que toutes ces contributions, directes et indirectes, visibles comme moins visibles, soient ici remerciées.

Le Médiateur souhaite à Madame Annette Zunzer Raemy, nouvelle Médiatrice cantonale dès le 1^{er} janvier 2020, plein succès dans sa fonction.
