

POUR UNE PLURALITÉ DE MÉDIATEURS EN DROIT PUBLIC (*)

PAR

DAVID RENDERS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

ET

THOMAS BOMBOIS

MAÎTRE DE CONFÉRENCES AUX FACULTÉS
UNIVERSITAIRES CATHOLIQUES DE MONS,
ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
RÉFÉRENDAIRE À LA COUR CONSTITUTIONNELLE

1. — Selon la définition qu'en donne Pierre-Yves MONETTE, la médiation constitue «un mode alternatif de résolution des conflits [...] consensuel et assisté qui s'organise sans publicité ni formalisme spécifiques autour d'un tiers professionnel, neutre, impartial et indépendant, ne disposant d'aucun pouvoir de sanction mais éventuellement d'un pouvoir de recommandation voire même parfois d'investigation, et dont le rôle est de s'entremettre entre les parties au conflit pour faciliter, structurer et coordonner la recherche volontaire et responsable d'une solution durable, librement consentie par elles parce que respectueuse de chacune d'elles» (1).

Dans cette acception, la médiation entretient une double relation avec les règles d'organisation de l'Etat, au sens large du terme. Elle s'incarne, tout d'abord, dans la figure juridi-

(*) La présente contribution a également été publiée, sous l'intitulé «La médiation en droit public», dans l'ouvrage coordonné par P.-P. RENSON, *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008.

(1) P.-Y. MONETTE, «De la médiation comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications», *A.P.T.*, 1999, p. 31. Pour une définition similaire, voy. P.-P. RENSON, «L'agrément 'définitif' des médiateurs : le fil d'Ariane», *J.T.*, 2008, p. 296.



que, désormais bien établie, de l'ombudsman ou du « médiateur institutionnel » (2) (I). Elle offre peut-être aussi la possibilité pour l'autorité publique de recourir, sous certaines conditions, à la médiation, au sens strict du terme, et que nous qualifierons de « médiation processuelle » (II).

I. — LA MÉDIATION INSTITUTIONNELLE

2. — Héritée d'expériences étrangères, parfois très anciennes, la figure juridique de « l'ombudsman » se contenta d'une apparition timide en droit belge. Initialement cantonnée à certains services publics décentralisés, la fonction de « médiateur institutionnel » prit un réel essor à la suite de la révision constitutionnelle de 1994 et du mouvement de renouveau administratif qu'elle consacra.

3. — Conformément à l'article 43 de la loi du 21 mars 1991 « portant réforme de certaines entreprises publiques économiques » — qui visait notamment à « améliorer les relations de ces entreprises (3) avec leurs usagers et modifier une image de marque parfois dégradée » (4) — un service de médiation est institué auprès de la SNCB. Pour les services postaux et de télécommunication, deux services de médiation distincts sont créés auprès de l'IBPT. Ils sont chargés de gérer les réclamations relatives aux relations entre l'utilisateur final et les opérateurs économiques actifs sur ces marchés désormais libéralisés, en ce compris Belgacom et La Poste (5).

Un « service de médiation pensions » est également créé au sein du SPF « Sécurité sociale » par un arrêté royal du 27 avril 1997 (6). De même, l'arrêté royal du 18 janvier 2008 exécute la

(2) L'expression est de P.-Y. MONETTE, *o.c.*, p. 33.

(3) Désormais qualifiées d'entreprises publiques autonomes.

(4) D. DEOM, « Le médiateur dans les entreprises publiques autonomes », in *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235.

(5) Art. 43bis et 43ter de la loi du 21 mars 1991 insérés par la loi du 19 décembre 1997 et par la loi du 21 décembre 2006. Les autres entreprises publiques autonomes ne sont pas visées par la création de ces services de médiation au motif que leurs usagers ne sont pas principalement des personnes physiques (art. 43 de la loi du 21 mars 1991 et art. 1^{er} de l'arrêté royal du 9 octobre 1992 relatif au service de médiation dans certaines entreprises publiques autonomes).

(6) Les tâches de ce service de médiation sont fixées par l'article 3 de l'arrêté royal du 27 avril 1997. Il connaît essentiellement des réclamations concernant l'attribution et le calcul des pensions légales.



loi du 29 avril 1999 «relative à l'organisation du marché de l'électricité» en créant un «service de médiation pour l'énergie», chargé notamment d'examiner les plaintes des clients finals ayant trait aux activités d'une entreprise d'électricité et au fonctionnement du marché de l'électricité. Des institutions similaires voient le jour à la STIB, à Actiris (anciennement l'ORBEM) ou au VDAB. La fonction de médiateur se développe aussi dans certaines communes du pays (7).

4. — En revanche, alors que plusieurs propositions de loi — et même deux déclarations de révision constitutionnelle — avaient été déposées, en vain, afin d'instituer un médiateur fédéral aux compétences générales (8), il aura fallu attendre une vaste réflexion menée par le gouvernement sur le «renouveau administratif» pour que soit adoptée la loi du 22 mars 1995 «instaurant des médiateurs fédéraux». Le législateur y crée, en réalité, un collège de deux médiateurs, l'un francophone, l'autre néerlandophone (9).

Cette thématique du «renouveau administratif» va provoquer une véritable révolution copernicienne dans les relations entre l'administration et les citoyens. Dans le même mouvement, la Constitution est, en effet, révisée afin de consacrer le droit fondamental pour chacun d'accéder aux documents administratifs, sauf les cas et conditions fixées par la loi, le décret ou l'ordonnance (10). Un peu plus tôt, une loi relative

(7) Dans l'exposé qu'ils ont développé devant la Commission des pétitions de la Chambre des représentants, les médiateurs fédéraux soulignèrent qu'«il n'existe aucun ombudsman provincial dans notre pays. Il y a par contre un certain nombre d'ombudsmans communaux, choisis par le conseil communal, qui remplissent ces mêmes critères d'indépendance et d'objectivité et exercent sur ce plan un contrôle sur l'organe exécutif (le collège des bourgmestre et échevins) et son administration. La marge d'indépendance de chaque ombudsman est décisive. A cet égard, il est clair par contre que certains 'ombudsmans' communaux sont trop proches du collège des bourgmestre et échevins que pour pouvoir exécuter leur tâche en totale indépendance [...] Il existe en Belgique aujourd'hui un ombudsman communal à Anvers, Bruges, Charleroi, Gand, Hamme, La Louvière, Louvain, Malines, Puurs, Seraing, Soignies, Termonde, ...» (Inventaire des différents ombudsmans, services et autres institutions de médiation et de coordination existant entre eux, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-690/001, p. 8).

(8) Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 203-204.

(9) Ils agissent donc de manière collégiale, ce qui ne les empêche pas de se déléguer des compétences à titre individuel. Sur cette question, voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 5 ainsi que F. DELPEREE, «Le médiateur parlementaire» in *Le médiateur...o.c.*, p. 70.

(10) Const., art. 32; Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Voy., à ce sujet, D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008.



à la motivation formelle des actes administratifs unilatéraux avait été adoptée dans un même souci.

Comme le souligne l'exposé des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi du 22 mars 1995, l'ensemble de ces mesures est destiné à «aboutir à une réorientation fondamentale de la relation entre le citoyen et l'administration, tant sur le plan du service au public que sur le plan de la démocratie. Les mesures proposées visent effectivement à avoir des conséquences à plusieurs niveaux. Elles doivent mener à une administration plus accessible et plus conviviale, assurer la transparence et rompre la méfiance et l'incompréhension du citoyen envers une autorité qu'il est difficile de cerner, émanciper le citoyen dans la défense de ses droits, renforcer le contrôle externe sur le fonctionnement du pouvoir exécutif et augmenter les possibilités qu'a le citoyen d'intervenir dans le processus décisionnel. En outre, elles contribueront à un fonctionnement plus rationnel et plus efficace de l'administration et à se départir de toute démarche de la politique politicienne»(11). Vaste programme...

Quant à la loi instaurant le collège des médiateurs fédéraux, celle-ci est appréhendée, plus spécifiquement, comme un moyen de «contribuer à combler le fossé entre le citoyen et l'autorité»(12).

Anticipant, pour certains, sur la loi du 22 mars 1995, les législateurs des collectivités fédérées se sont également saisis de la problématique de la médiation institutionnelle(13). Le statut des médiateurs régionaux et communautaires correspond sensiblement à celui des deux médiateurs fédéraux, sans pour autant s'y identifier parfaitement. Dans le cadre de cet exposé, l'on se concentre essentiellement sur les fonctions de médiateur instituées par la Région wallonne, à travers le décret du 22 décembre 1994 «portant création de l'institution du médiateur en Région wallonne», et par la Communauté française, à travers le décret du 20 juin 2002 «portant création

(11) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, pp. 1 et 2.

(12) *Ibid.*, p. 2.

(13) Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 33.



du service du médiateur de la Communauté française», lequel est par ailleurs assisté d'un médiateur adjoint (14).

5. — Ces médiateurs sont nommés, au terme d'une procédure d'appel à candidatures, respectivement par la Chambre des représentants, le Parlement de la Région wallonne et le Parlement de la Communauté française pour une durée de six ans, renouvelable une fois (15). Ils peuvent être révoqués par l'assemblée s'ils exercent une activité incompatible avec la fonction de médiateur ou pour motifs graves. Toutefois, ils ne peuvent être relevés de leur charge en raison d'actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions (16).

Le décret de la Communauté française du 20 juin 2002 prévoit une cause supplémentaire de révocation, à savoir l'éva-

(14) Le législateur flamand a, lui aussi, adopté un décret en la matière (décret du 7 juillet 1998 instaurant le service de médiation flamand). Relevons encore la présence d'un délégué général aux droits de l'enfant dont les missions sont désormais fixées par un décret de la Communauté française daté, lui aussi, du 20 juin 2002. En revanche, ni les législateurs bruxellois, ni le législateur germanophone n'ont instauré de médiateur parlementaire.

(15) Ils ne sont toutefois pas désignés au moyen d'une majorité surqualifiée, ce qui leur aurait pourtant offert un supplément de légitimité (à ce propos, voy. la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 1615 (2003) sur l'institution du Médiateur, qui considère comme essentiel au bon fonctionnement de son office que celui-ci soit désigné selon (pt 7, III) : «une procédure exclusive et transparente de nomination et de révocation par le parlement à la majorité qualifiée des voix, suffisamment large pour impliquer le soutien des partis d'opposition, selon des critères rigoureux qui établissent de façon incontestable les qualifications et la compétence appropriées du médiateur, ainsi que sa haute valeur morale et son indépendance politique, à des mandats renouvelables d'une durée au moins équivalente au mandat parlementaire». *Adde* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Avis sur la réforme éventuelle de l'institution de l'ombudsman au Kazakhstan*, n° 425/2007. Voy. encore le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, p. 94).

(16) Le projet de loi «instaurant des médiateurs fédéraux» visait à reconnaître à ceux-ci une immunité comparable aux parlementaires fédéraux. Les médiateurs fédéraux ne pouvaient «être relevés de leur charge, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent pour remplir leur fonction». La section de législation du Conseil d'Etat contesta la constitutionnalité de pareille disposition en estimant que «il n'appartient pas au législateur d'étendre, sans habilitation, le champ d'application des [articles 58 et 59 de la Constitution] dérogeant ainsi aux règles de base des poursuites répressives qui sont fixées par les articles [12, 13 et 14] de la Constitution» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 19). A la suite de ces critiques, un amendement, reprenant la formulation actuelle de l'article 7, fut adopté (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 7, pp. 20 et 32). Voy. encore à ce sujet, et en sens contraire, la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'institution du Médiateur selon laquelle «une immunité personnelle contre toute poursuite disciplinaire, administrative ou pénale, ou contre toute sanction relative à l'exercice de ses attributions officielles, autre que sa révocation par le parlement pour incapacité ou faute grave contraire à la déontologie» est *nécessaire* au bon fonctionnement de cette institution.



luation négative du médiateur ou du médiateur adjoint à mi-mandat par le Parlement de la Communauté. Cette dernière cause de révocation constitue, à notre estime, une atteinte au principe de l'indépendance des médiateurs parlementaires (17) qui n'est guère compensée — sinon formellement — par l'article 11, alinéa 2, du même décret selon lequel le médiateur «ne peut être relevé de sa charge à raison des opinions qu'il émet ou d'actes qu'il accomplit dans le cadre de l'exercice de ses fonctions» (18).

Ce constat est encore renforcé par le fait que le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas compétent pour censurer les éventuels abus commis par l'assemblée dans l'exercice de son pouvoir de nomination ou de révocation du médiateur. Par un arrêt du 19 décembre 2005, la haute juridiction administrative a en effet estimé que l'article 14, §1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne lui permettait pas de vérifier la légalité de la procédure de nomination du médiateur par les autorités parlementaires. Compte tenu de leur statut, qui se rapproche de celui des conseillers de la Cour des comptes et qui présente aussi un certain nombre de similitudes avec le statut des parlementaires, les médiateurs fédéraux ne font pas partie du personnel de la Chambre. En outre, le législateur a placé le médiateur parlementaire, en ce qui concerne l'exercice de ses missions, sur un même pied que les organes de la Chambre. Il s'ensuit que la désignation du médiateur relève du pouvoir d'appréciation souverain de la représentation nationale à propos duquel le juge ne peut exercer aucun

(17) En réalité, la capacité laissée à l'assemblée législative de révoquer le médiateur, même dans des cas strictement limités, n'asseoit pas l'indépendance de celui-ci et ce, d'autant plus qu'aucun recours juridictionnel n'est ouvert contre la décision de révocation adoptée par l'assemblée. *Compar.* le statut du médiateur européen qui ne peut être démis d'office que par la Cour de justice — sur demande du Parlement européen — alors qu'il est désigné par ce dernier (art. 8 de la décision du Parlement européen du 9 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions de médiateur). Voy. toutefois l'article 1^{er} de la loi du 29 octobre 1846 «relative à l'organisation de la Cour des comptes» qui prévoit que les conseillers à la Cour des comptes «sont nommés tous les six ans par la Chambre des représentants, qui a toujours le droit de les révoquer», sans préciser les cas dans lesquels un tel pouvoir de révocation peut s'exercer. La loi du 22 mars 1995 offre donc une meilleure protection aux médiateurs qu'aux conseillers à la Cour des comptes alors même que le statut de ces derniers est en principe identique à celui des médiateurs fédéraux.

(18) Une telle disposition est également présente dans la loi du 22 mars 1995 et dans le décret de la Région wallonne du 22 décembre 1994.



contrôle, sauf habilitation légale expresse en sens contraire (19).

6. — Au fil du temps, le nombre de médiateurs institutionnels s'est donc sensiblement accru. Comme le relève Paul LEWALLE, «pour avoir été lent, le mouvement n'en aura pris finalement, dans notre pays, que plus d'ampleur : c'est à un point tel qu'aujourd'hui il est difficile de faire la liste des médiateurs, délégués et autres services de médiation, organisés en Belgique» (20). Outre les médiateurs parlementaires, institués par un acte législatif, nommés par une assemblée, et nantis d'une compétence générique, il faut tenir compte, comme nous l'avons vu, de médiateurs «sectoriels» créés, par ou en vertu de la loi, au sein de services publics (21) ou de collectivités locales et nommés par une autorité administrative.

Le décor ayant été dressé, reste à s'interroger sur le mode de fonctionnement de la médiation institutionnelle. Plusieurs questions doivent être envisagées. Comment saisir un médiateur institutionnel — et lequel ? Quelles conséquences s'y attachent (A) ? De quels pouvoirs dispose l'ombudsman (B) ? Quels

(19) C.E., arrêt du 19 décembre 2005, *Vande Castele*, n° 152.880. On relèvera encore que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat refuse de déférer à la demande de la partie requérante de poser à la Cour constitutionnelle deux questions préjudicielles relatives à l'éventuelle discrimination qui découlerait de pareille interprétation de l'article 14 des lois coordonnées, jugeant que la Cour constitutionnelle ne peut connaître que des différences de traitement contenues dans la loi même, et non de celles induites par l'interprétation qu'en donne une juridiction. On ne peut qu'être surpris par une telle justification (à rapprocher de l'arrêt rendue par le Conseil d'Etat le 18 octobre 2000, n° 90.287, *Chevalier*) qui ne correspond ni à la délimitation réelle des compétences de la Cour constitutionnelle, ni à l'une des exceptions que le Conseil d'Etat est susceptible d'opposer à l'obligation de principe qu'il a d'interroger la Cour dès qu'une telle demande est formulée par une des parties à la cause (A cet égard, voy. récemment, C.C., 12 décembre 2007, n° 152/2007, B.12.3. *Adde* R.P.D.B., tome X, complément, v° «Cour constitutionnelle», p. 104). On sera encore attentif à la réponse que la Cour constitutionnelle fournira aux questions posées par le Conseil d'Etat sur le point de savoir si son incompétence à connaître des décisions prises au sein du pouvoir judiciaire et concernant, non le personnel administratif, mais les magistrats eux-mêmes, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (C.E., 18 février 2008, n° 179.794, *Soetemans*).

(20) Et l'auteur de poursuivre : «l'ombudsman a trouvé en Belgique des épigones non seulement dans le secteur public (Etat fédéral, Communautés, Régions, ville d'Anvers, etc.), mais aussi dans le secteur privé : l'Association belge des banques, les banques d'épargne de Belgique, l'Association professionnelle des entreprises d'assurances, ont désigné un ombudsman ou une commission de médiation» (P. LEWALLE, *o.c.*, p. 205).

(21) Qu'ils relèvent des compétences de l'Etat fédéral, comme les entreprises publiques autonomes ou le secteur des pensions, ou des attributions des législateurs fédérés, comme la STIB, l'ORBEM ou le VDAB.



sont les recours ouverts à l'encontre tant de son intervention que de la décision administrative prise à la suite de cette intervention (C)? L'on se limite, pour l'essentiel, à envisager les réponses fournies par les législations relatives à l'office du médiateur parlementaire, en prenant comme point de référence la loi du 22 mars 1995.

A. — *La saisine de l'ombudsman*

7. — Le médiateur institutionnel ne statue pas *ex officio*. La voie la plus traditionnelle de saisine est la réclamation individuelle adressée par un administré (22). Même si seule cette voie d'accès est analysée dans le présent rapport, l'on se doit de relever la possibilité pour l'assemblée législative de solliciter du médiateur parlementaire qu'il mène des investigations sur le fonctionnement de certains services administratifs (23).

Les conditions de la saisine du médiateur institutionnel seront tout d'abord envisagées (1) avant de s'intéresser aux conséquences qui s'y attachent (2).

1. *Les conditions de la saisine*

8. — Les législations relatives à l'ombudsman parlementaire énoncent différentes conditions de recevabilité de la réclamation introduite par l'administré. Il est permis de classer celles-ci en trois catégories selon qu'elles ont pour objet la personne du réclamant (a), l'objet de la réclamation (b) ou la réclamation elle-même (c).

(22) Th. STIEVENARD («Le médiateur dans les communautés et les régions» *in Le médiateur...o.c.*, p. 91) y voit même un «droit subjectif fondamental». S'il paraît difficilement contestable que l'accès au médiateur constitue un droit subjectif dans le chef de tout administré qui répond aux conditions légales pour ce faire, on préfère, pour notre part, réserver l'adjectif «fondamental» aux seuls droits consacrés par des normes à valeur supra-législative. A défaut d'une consécration constitutionnelle du recours au médiateur, il nous paraît dès lors délicat de parler, en l'espèce, d'un «droit subjectif fondamental».

(23) F. DELPEREE (*o.c.*, p. 76) est critique quant à ce mode de saisine. «On peut se demander, écrit-il, si cette mission particulière s'inscrit bien dans la philosophie générale de la loi ou si [...] elle ne traduit pas une distorsion dans le champ des préoccupations». On relève encore qu'en vertu du Règlement d'ordre intérieur du Collège des médiateurs fédéraux (ci-après : R.O.I.), ceux-ci se refusent à statuer en équité lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'investigation parlementaire alors qu'ils se reconnaissent un tel pouvoir lorsqu'ils ont à connaître d'une réclamation introduite par un particulier (art. 3). A ce sujet, voy. *infra*.



a) *Les conditions relatives à la personne du réclamant*

9. — Conformément à l'article 8 de la loi du 22 mars 1995, toute personne intéressée peut introduire une réclamation, par écrit ou oralement, auprès des médiateurs fédéraux.

Il ressort des travaux préparatoires de la même loi que sont habilités à s'adresser aux médiateurs fédéraux, non seulement les personnes physiques ou morales (24), mais aussi des groupes d'intérêt — associations de fait — pour autant que la réclamation qu'ils introduisent concerne une «matière qui a trait à leurs objectifs sociaux» (25). Toujours selon les travaux préparatoires, la notion d'intérêt ne doit pas être comprise dans un strict «sens juridique». Seule une certaine implication dans l'affaire en cause est exigée (26). Même si le recours au médiateur n'est pas une *actio popularis*, on ne peut s'empêcher de faire le rapprochement entre ce large accès aux services du médiateur parlementaire et la portée universelle reconnue au droit d'accès aux documents administratifs (27). A l'instar de ce droit fondamental, il importe encore peu que le réclamant réside en Belgique, qu'il soit Belge ou étranger et, dans ce dernier cas, qu'il réside régulièrement ou illégalement sur le territoire belge (28).

Si le citoyen peut s'adresser directement au médiateur sans devoir passer par un parlementaire (29), ce dernier est toutefois en mesure de saisir le médiateur d'un problème dont il a

(24) La réclamation est alors introduite par une personne physique dûment mandatée (art. 4 R.O.I.).

(25) *Doc. parl.*, sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 7. La réglementation relative aux médiateurs «sectoriels» est plus restrictive. Selon la loi du 21 mars 1991, seuls les usagers de la SNCB ou des entreprises actives dans les domaines postaux ou de la télécommunication peuvent saisir les médiateurs sectoriels institués en vertu de cette loi. De la même manière, le service médiation pensions ne connaît que des réclamations des personnes intéressées au sens de l'article 10 de l'arrêté royal du 27 avril 1997 et le service de médiation pour l'énergie que des plaintes adressées par un client final.

(26) *Doc. parl.*, sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 7.

(27) A ce sujet, voy. P. LEWALLE, G. ROSOUX et L. DONNAY, «L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux», in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 59 et s.

(28) R. JANSOONE, «De federale ombudsmannen en de klachten over de federale overheden die het vreemdelingenrecht toepassen», *T.V.R.*, 1998, p. 284; J. DELTOUR, «Bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het onderzoek van klachten in de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen», *T.B.P.*, 1998, p. 557.

(29) A la différence de l'exemple français, le législateur n'a donc pas établi de filtre parlementaire à la saisine du médiateur (*Doc. parl.*, sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 3; P.-Y. MONETTE, «Pouvoir politique & médiation institutionnelle. Un partenariat aussi difficile qu'indispensable», *C.D.P.K.*, 2006, p. 237).



connaissance (30). Il advient même que l'autorité administrative elle-même s'adresse au médiateur (31). Rien ne paraît, dès lors, exclure qu'un médiateur «processuel» puisse agir de la même manière. Deux cas de figure sont susceptibles de se présenter en pratique. Soit l'une des parties au conflit devant le médiateur «processuel» est une autorité administrative (32). Soit le médiateur «processuel» est saisi d'un conflit entre deux personnes privées, mais à propos duquel un acte administratif revêt une importance primordiale (33).

10. — En principe, le réclamant doit faire connaître son identité. Si tel n'est pas le cas, l'ombudsman peut déclarer sa demande irrecevable. Il ne s'agit que d'une faculté pour le médiateur fédéral (34), auquel il revient d'apprécier si l'anonymat de la réclamation préjudicie au bon fonctionnement de la médiation sans que soient présents des motifs justifiant impérativement la conservation — à tout le moins temporaire — de l'anonymat de l'administré (35). Relevons d'ores et déjà que le médiateur est tenu de motiver la décision par laquelle il constate l'irrecevabilité de la plainte.

b) *Les conditions relatives à l'objet de la réclamation*

11. — La réclamation doit avoir pour objet le comportement d'une autorité administrative (b.1.) dont peut connaître le médiateur aux services duquel il est fait appel (b.2.).

b.1. *Le comportement d'une autorité administrative*

12. — Quelles sont les autorités administratives visées par les législations sur la médiation institutionnelle (b.1.1.)? Les-

(30) P.-Y. MONETTE, «Pouvoir politique...», *o.c.*, p. 237.

(31) *Ibid.*, p. 238.

(32) En cas de médiation libre ou de médiation judiciaire ou volontaire, lorsque celles-ci seront ouvertes aux personnes morales de droit public (voy. *infra*).

(33) Pensez, par exemple, à une contestation de voisinage qui s'appuie, en dernière analyse, sur l'octroi ou le refus d'un permis d'urbanisme.

(34) La règle inverse vaut pour les médiateurs de la Région wallonne et de la Communauté française (art. 10, §2, 1^o, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 16, §1^{er}, 1^o, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002).

(35) L'article 5, 3^o du R.O.I. du collège des médiateurs fédéraux dispose que tel est le cas lorsque les faits allégués sont très graves ou lorsque le réclamant justifie d'une raison sérieuse de taire son identité. *Compar.* art. 43^{ter}, §4, de la loi du 21 mars 1991 et art. 2, §3 de la décision du Parlement européen du 9 mars 1994.



quels de leurs comportements relèvent, plus particulièrement, de la compétence de l'ombudsman (b.1.2.) ?

b.1.1. *La notion d'«autorité administrative»*

13. — La loi du 22 mars 1995 limite le champ d'action de la médiation institutionnelle aux comportements des seules autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (36). Ces lois coordonnées ne fournissant aucune ligne directrice en la matière, il revenait naturellement à la jurisprudence d'interpréter la notion d'autorité administrative.

Arc-boutée, dans un premier temps, sur l'évolution extensive de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la définition de l'autorité administrative doit désormais tenir compte, non seulement des arrêts rendus en la matière par la Cour de cassation, au titre de juge des conflits d'attribution (37), mais aussi de la jurisprudence naissante de la Cour constitutionnelle à ce propos. Circonscrire la notion d'autorité administrative est devenu, dans ce contexte, une gageure.

Selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, non seulement les autorités organiquement attachées au pouvoir exécutif, mais aussi les personnes morales de droit privé assumant une mission d'intérêt général devaient être intégrées dans la notion d'autorité administrative (38). La Cour de cassation a cependant drastiquement limité la portée d'un tel enseignement. Sa jurisprudence actuelle voit, en effet, dans la capacité d'adopter des décisions liant des tiers le critère décisif permettant d'attribuer pareille qualité, en tout cas, aux personnes morales de droit privé (39).

14. — Ces développements prétoriens — aussi importants soient-ils — sont toutefois postérieurs à l'adoption de la loi du 22 mars 1995. Une question ne peut, dès lors, manquer

(36) Art. 1^{er}, alinéa 2. Le décret wallon du 22 décembre 1994 parle quant à lui des «autorités administratives régionales wallonnes». Quant au décret de la Communauté française du 20 juin 2002, il vise les «services administratifs».

(37) Art. 158 de la Constitution.

(38) C.E., arrêt du 13 juillet 1949, n° 97, *Bonheure*, *R.J.D.A.*, 1949, p. 160.

(39) Sur cette question, voy. V. VERDEYEN, «Administratieve overheden; een organieke nuancering van de functionele benadering», *C.D.P.K.*, 2006, p. 328 et références citées.



de se poser. Lorsque le législateur a renvoyé à la notion d'autorité administrative visée à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, celui-ci a-t-il entendu figer cette notion à l'extension qu'elle possédait à ce moment ou a-t-il voulu, au contraire, la laisser se mouvoir au gré des évolutions — voire des revirements — jurisprudentiels postérieurs ?

Dans l'exposé des motifs du projet de loi instaurant les médiateurs fédéraux, le gouvernement range parmi les autorités administratives, «les personnes privées qui exercent une mission d'intérêt général» (40). Il y est donc bien question d'offrir à l'office du médiateur une portée aussi large que possible. S'il peut profiter de l'extension éventuelle du concept d'autorité administrative, cet office ne saurait, à notre estime, souffrir d'un rétrécissement ultérieur du champ d'application de pareille notion, à tout le moins lorsque ce dernier est à imputer, non à une modification législative, mais à une évolution prétorienne (41).

15. — En toute hypothèse, les médiateurs ne peuvent connaître d'une réclamation à l'encontre d'actes émanant d'une assemblée législative ou d'un de ses organes — même d'actes purement formels et individuels, comme une loi de naturalisation (42) — ou d'actes émanant d'une juridiction (43). A notre estime, la règle ne souffre pas d'exception lorsque la réclamation concerne des actes relatifs au personnel de ces autorités ou à la passation de marchés publics (44). En effet, si

(40) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 4.

(41) Voy., du reste, la liste non exhaustive d'autorités administratives, au sens de la loi du 22 mars 1995, qui fut dressée par le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique au cours des travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, p. 13).

(42) A ce sujet, voy. D. RENDERS, «La Cour d'arbitrage et les lois de naturalisation», obs. sous C.A., arrêt n° 75/98, du 24 juin 1998, *Rev. dr. étr.*, 1998, pp. 320-324.

(43) Voy., à ce sujet, la fin de non-recevoir qui fut opposée à la suggestion d'un député d'octroyer des compétences aux médiateurs fédéraux en matière d'arriéré judiciaire (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, p. 8).

(44) *Compar.* les pouvoirs du médiateur européen, tels qu'ils sont définis par l'article 195 du Traité CE, à savoir le pouvoir de connaître des actes de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de première instance *dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles*. On relèvera cependant que le médiateur européen ne se reconnaît pas le pouvoir de statuer sur les actes «législatifs» adoptés par les institutions européennes (A. TSAPIRAS, «The Ombudsman», in P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 850).



l'article 14 des lois coordonnées «sur le Conseil d'Etat» intègre pareilles décisions dans le champ des attributions de la juridiction administrative, c'est en reconnaissant néanmoins qu'elles n'émanent pas d'autorités administratives, condition indispensable à la compétence de l'ombudsman (45).

b.1.2. *La notion de «comportements»*

16. — En principe, tout comportement quelconque d'une autorité administrative est susceptible d'être dénoncé à l'ombudsman. La réclamation peut, en effet, porter tant sur les actes que sur le fonctionnement des autorités administratives (46).

Il s'agit tout d'abord des décisions adoptées par l'administration. Que ces décisions soient unilatérales ou contractuelles, qu'elles soient de nature individuelle ou qu'elles revêtent une portée réglementaire, chacune d'elles peut être déférée au médiateur. Ce n'est pas à dire pour autant que le médiateur puisse toutes les appréhender de la même manière. Ainsi, lorsque la réclamation porte sur des actes unilatéraux créateurs de droit, le médiateur doit, à notre estime, prendre soin de ne pas inciter l'administration à remettre en cause les droits acquis par les destinataires de ces actes, à tout le moins lorsque la décision critiquée est exempte de toute illégalité (47).

Mais le médiateur peut connaître, plus généralement, de toute attitude de l'autorité administrative ou de ses agents (48). Tombent ainsi dans le champ d'intervention des médiateurs institutionnels les actes préparatoires à la décision ou les actes purement confirmatifs de celle-ci, les prises de

(45) Dans une perspective exactement inverse, l'on constate que, parmi les autorités dont le comportement est susceptible, selon les travaux préparatoires de la loi du 20 mars 1995, d'être dénoncé au médiateur, figurent des autorités administratives dont les actes ne sont pas justiciables du Conseil d'Etat. Ainsi en va-t-il de certaines institutions de sécurité sociale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, pp. 12-13). A ce sujet, voy. J. DELTOUR, «De bevoegdheid van de federale ombudsmannen wat de instellingen van de sociale zekerheid betreft», *R.D.S.*, 1998, pp. 221 et s.; J. DELTOUR, «Bevoegdheids...», *o.c.*, p. 553.

(46) Loi du 22 mars 1995, art. 8.

(47) Voy. *infra*.

(48) «Tout fait, toute attitude, tout comportement d'un mandataire public ou d'un agent public peut être pris en considération. Mais, au-delà de ces interventions individualisées, on sera aussi attentif, semble-t-il, à la réaction du service en tant que tel, fût-elle anonyme ou collective — ce qui revient au même» (F. DELPEREE, *o.c.*, p. 79).



position informelles, voire le simple fait juridique de l'administration (49).

17. — Le silence de l'administration est encore susceptible de faire l'objet d'une réclamation auprès des médiateurs. L'ombudsman peut, à ce titre, connaître des réticences que met une autorité administrative à exécuter une décision de justice. Dans certains cas, il dispose même de compétences particulières à cet égard (50). La possibilité ainsi laissée à tout intéressé de déposer une réclamation à l'encontre de la passivité d'une autorité administrative doit néanmoins être appréciée au regard des règles qui attachent certaines conséquences juridiques à pareil silence.

Lorsque l'autorité administrative n'est pas légalement tenue d'adopter un acte positif, mais qu'elle ne peut l'adopter que dans un certain délai, cette autorité est, à l'échéance de celui-ci, purement et simplement dessaisie de la question. Dans ces conditions, on voit mal en quoi l'intervention du médiateur auprès de cette autorité, si elle a lieu après l'échéance du délai prévu, pourrait avoir un quelconque impact sur la situation du réclamant. Inversement, lorsqu'elle est tenue d'adopter un acte individuel ou réglementaire, l'autorité administrative est en principe considérée comme ayant adopté une décision de rejet si elle ne réagit pas dans les quatre mois de sa mise en demeure. La mobilisation rapide du médiateur peut éviter au réclamant de devoir essuyer une décision implicite de rejet (51) qui est souvent due à une négligence — par hypothèse involontaire — de l'administration.

18. — Certains comportements sont toutefois exclus du champ d'action de l'ombudsman. Le médiateur de la Communauté française est ainsi contraint de rejeter la demande lorsque les faits auxquels celle-ci se rapporte se sont produits plus d'un an avant son introduction (52). Pour le médiateur *fédéral*, tout comme pour le médiateur *wallon*, il s'agit uniquement

(49) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 7.

(50) *Voy. infra*.

(51) Conformément aux prévisions de l'article 14, §3, des lois coordonnées, et pour autant qu'aucune autre sanction ne vienne frapper ce silence.

(52) Art. 16, §1^{er}, 5°. *Voy.* toutefois la nuance apportée par cette disposition en ce qui concerne l'exercice préalable d'un recours administratif ou juridictionnel.



d'une faculté. L'ombudsman doit alors apprécier la justification du retard mis par le citoyen à introduire sa demande. Les travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995 évoquent ainsi le cas de l'administré qui choisit d'épuiser les voies de recours judiciaires et administratives avant de se tourner vers le médiateur. Dans une telle hypothèse, «le délai d'un an n'est pas raisonnable» (53).

Lorsqu'il estime ne pas devoir donner suite à la réclamation en raison de son caractère tardif, le médiateur motive sa décision.

19. — Le médiateur wallon peut encore refuser de se saisir de la réclamation lorsque celle-ci concerne des matières qui font l'objet d'une action civile ou pour lesquelles une procédure pénale est en cours (54). Il en va de même du médiateur de la Communauté française, mais uniquement lorsque la réclamation concerne des faits pour lesquels une procédure pénale est en cours (55).

Ces deux médiateurs ne peuvent, en outre, connaître de réclamations concernant le contentieux de la fonction publique (56). Tel n'est pas le cas du médiateur fédéral qui, en vertu de la loi du 22 mars 1995, peut en être saisi (57).

(53) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 7. L'article 10, §1^{er}, 2°, du décret wallon du 22 décembre 1994 et l'article 16, §1^{er}, 5°, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002 rencontrent expressément cette hypothèse. *Adde* art. 5, alinéa 3 du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux qui prévoit que les médiateurs traiteront la réclamation même si elle porte sur des faits datant de plus d'une année «si le réclamant peut démontrer qu'au moment où il saisit les Médiateurs, il n'a pas interrompu ses propres démarches auprès ou à l'égard de l'autorité administrative fédérale concernée pendant plus d'un an, ou que c'est l'autorité administrative fédérale elle-même qui est responsable du dépassement de ce délai d'un an».

(54) Art. 10, §1^{er}, 4°, du décret wallon du 22 décembre 1994. La loi du 22 mars 1995 prévoit simplement, dans ce cas, la suspension de la procédure de médiation déjà entamée (voy. *infra*).

(55) Art. 16, §2, 2°, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002.

(56) A tout le moins si la réclamation a trait à un différend opposant l'autorité administrative et l'un des agents pendant la durée de ses fonctions (art. 10, §2, 3° du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 16, §1^{er}, 3° du décret de la Communauté française du 20 juin 2002). Une même cause d'irrecevabilité est prévue par la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes puisque la compétence de ces médiateurs se limite aux matières concernant les usagers (D. DEOM, *o.c.*, p. 240).

(57) A ce sujet, voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, pp. 22 et 23; J. DELTOUR, *o.c.*, p. 557.



b.2. *Une autorité administrative relevant de la compétence du médiateur*

20. — Tant l'Etat fédéral que les communautés et les régions disposent de la compétence d'instaurer un ou plusieurs services de médiation institutionnelle aux pouvoirs plus ou moins étendus. Des règles de répartition des compétences doivent dès lors être mises sur pied, afin de faire le départ entre les attributions des ombudsmans des différents niveaux de pouvoir, d'une part, et entre les compétences des différents ombudsmans actifs au sein d'un même niveau de pouvoir, d'autre part.

b.2.1. *La pluralité des niveaux de pouvoir compétents*

21. — Le Collège des médiateurs fédéraux institué par la loi du 22 mars 1995 n'est compétent que pour connaître des réclamations adressées à l'encontre des autorités administratives fédérales (58). Selon l'exposé des motifs, il y a lieu d'entendre par là, outre les autorités qui se rattachent organiquement au pouvoir exécutif fédéral, «les personnes privées qui sont à considérer comme une autorité administrative et qui exercent une mission qui relève des compétences des autorités fédérales». En revanche, «les autorités qui font partie des autres niveaux administratifs — les Communautés, les Régions, les provinces et les communes — sont [...] exclues» (59). Relevons toutefois que, toujours selon l'exposé des motifs, le personnel des gouverneurs de provinces qui dépendent de l'autorité fédérale tombe dans le champ d'application de la loi (60).

(58) Loi du 22 mars 1995, art. 1^{er}, 1^o.

(59) «Ainsi, la présente loi ne s'appliquera pas aux services des Communautés, des Régions ou des Commissions Communautaires ou aux établissements créés par ceux-ci, aux personnes privées qui exercent une mission d'intérêt général au nom des Communautés ou des Régions, aux organes communaux ou provinciaux, aux intercommunales, aux CPAS, aux polders et wateringues, aux fabriques d'église, etc.». Relevons qu'à l'époque, la législation organique des communes et des provinces relevaient de la compétence fédérale.

(60) Songeons ainsi aux fonctionnaires détachés des Services Publics fédéraux — notamment de l'Intérieur — auprès des services provinciaux (Voy. d'ailleurs *Doc. parl.*, Ch.repr., sess. ord. 1993-1994, n^o 1436/7, p. 8). L'exposé des motifs vise aussi expressément le commissaire d'arrondissement. Il semble néanmoins que, compte tenu de la régionalisation des législations relatives à la matière locale opérée par la loi spéciale du 13 juillet 2001, cette autorité administrative relève désormais organiquement davantage de la région que de l'Etat fédéral (art. 6, §1^{er}, VIII, 1^o, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980).



Les législations communautaires et régionales pertinentes en la matière adoptent une même position de principe. Le médiateur de la Région wallonne n'est compétent qu'à l'égard «des autorités administratives régionales wallonnes». La compétence du médiateur de la Communauté française se limite, quant à elle, aux «services du Gouvernement de la Communauté française, [aux] organismes d'intérêt public qui dépendent de la Communauté française, [à] la R.T.B.F. et [aux] établissements d'enseignement organisés par la Communauté française» (61).

22. — Il s'ensuit qu'aucun de ces médiateurs n'est, en principe, habilité à connaître des réclamations dirigées contre le comportement des autorités locales ou de leurs agents (62). On relève cependant que, dans son avis rendu sur l'avant-projet de loi ayant abouti à la loi du 22 mars 1995, la section de législation du Conseil d'Etat avait posé la question de savoir si, lorsqu'elles assument des fonctions d'intérêt général relevant des compétences de l'Etat fédéral, les autorités communales ou provinciales ne devaient pas être regardées comme des autorités administratives fédérales, intégrant par là le champ d'application de la loi en projet. La section de législation avait suggéré d'éclaircir ce point dans le texte de la loi. Cette proposition est toutefois restée lettre morte, laissant planer un doute quant à la portée effective des compétences des médiateurs parlementaires sur les activités déconcentrées des communes et des provinces (63). Le Collège des médiateurs

(61) Art. 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 1^{er} du décret de la Communauté française du 20 juin 2002. *Compar.* l'article article 3, §1^{er}, alinéa 3, du décret flamand du 7 juillet 1998 développé ci-après.

(62) Relevons cependant l'existence d'un médiateur communal en matière de sanctions administratives, prévu à l'article 119^{ter} de la Nouvelle loi communale et qui ressortit davantage à la sphère quasi-pénale qu'à la sphère de l'ombudsman administratif.

(63) Et ce même si le ministre opta très clairement, au cours des travaux préparatoires, pour une détermination organique des compétences du médiateur fédéral (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, p. 7; J. DELTOUR, «Bevoegdheids...», *o.c.*, p. 555). On notera à cet égard que le législateur flamand a été beaucoup plus prévoyant en insistant sur le fait que le médiateur flamand peut exercer sa mission à l'égard d'autres autorités administratives que celles qui se rattachent organiquement à la Communauté ou à la Région flamande lorsque ces autorités sont chargées par le législateur ou le gouvernement flamand de missions qui relèvent des compétences communautaires ou régionales flamandes, via la déconcentration ou la décentralisation de compétences. Le législateur flamand a agi sensiblement de la même manière en matière d'accès aux documents administratifs (à ce propos, voy. P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, *o.c.*, p. 157. *Adde* F. MOLINE, «L'accès aux documents administratifs détenus par les provinces», in D. RENDERS (dir.), *L'accès... o.c.*, pp. 804 et s.).



fédéraux s'est engouffré dans cette brèche afin de connaître des réclamations relatives aux actes adoptés par ces autorités administratives décentralisées «dans le cadre du principe de gestion partagée» (64) ou, pour le dire plus simplement, dans le cadre de la décentralisation ou de la déconcentration territoriales des compétences dévolues à l'Etat fédéral (65).

Nul doute en revanche qu'aucun de ces médiateurs parlementaires n'est compétent, en l'état actuel de la législation, pour intervenir dans les attributions exercées par ces collectivités sur la base de leur autonomie locale (66). Rien n'empêche toutefois les conseils provinciaux et communaux de créer une fonction d'ombudsman, comme l'ont fait notamment les villes d'Anvers et de Charleroi (67).

23. — Le médiateur incompétent transfère sans délai la réclamation à l'ombudsman qui, à son estime, est apte à traiter la plainte. Il en informe le réclamant.

b.2.2. *La pluralité des médiateurs compétents*

24. — Au sein d'un même niveau de pouvoir, il n'est pas rare de rencontrer, aux côtés d'un médiateur aux compétences génériques, un ou plusieurs ombudsmans en charge de compétences plus spécifiques. Une répartition des compétences entre ces médiateurs doit, dès lors, être établie.

25. — Conformément à l'article 9, alinéa 2, de la loi du 22 mars 1995, le Collège des médiateurs fédéraux ne peut trai-

(64) P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, «L'ombudsman — ou médiateur — fédéral en Belgique : présentation d'une institution atypique», *C.D.P.K.*, 1998, p. 450.

(65) On relèvera encore l'interprétation extensive faite par les médiateurs de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes. Arguant du fait que cette loi n'institue un médiateur que pour connaître des réclamations que les usagers adressent à ces entreprises, les médiateurs fédéraux s'estiment compétents pour connaître de toute autre réclamation dirigée contre leurs services (par leur personnel ou leurs fournisseurs, notamment), nonobstant l'institution par un acte législatif de ces médiateurs sectoriels (Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 690/001, p. 11).

(66) Pour une confirmation implicite, voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sous l'arrêté royal du 27 avril 1997 précité, *M.B.*, 16 mai 1997.

(67) A ce sujet, voy. S. DEPRE, «Le médiateur dans la commune», in *Le médiateur... o.c.*, pp. 121 et s.; J.-L. LABBE, «Le médiateur communal de Charleroi, 11 ans déjà — S'il n'existait pas, faudrait-il l'inventer?», *C.D.P.K.*, 2006, pp. 227 et s.; R. PASSEMIERS, «'Vrije liefde' tussen politici en lokale ombudslui : oorzaak en gevolgen», *C.D.P.K.*, 2005, p. 899. D'une manière plus générale, voy. encore P.-Y. MONETTE, «De la médiation...», *o.c.*, pp. 37 et 39.



ter une réclamation si elle concerne une autorité administrative fédérale qui dispose de son propre médiateur (68) *en vertu de la loi* (69).

Cette incise est destinée à éviter qu'une autorité administrative puisse se soustraire, de sa seule initiative, à la magistrature d'influence exercée par les médiateurs fédéraux. Selon P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, «cette garantie est essentielle mais force est de constater qu'elle n'empêche pas la création d'un médiateur sectoriel par arrêté royal adopté en application d'une loi de pouvoirs spéciaux ou d'une loi d'habilitation» (70). Les auteurs prennent pour exemple l'arrêté royal du 27 avril 1997 instaurant un «service de médiation Pensions» en exécution de l'article 15, 5°, de la loi d'habilitation du 26 juillet 1996 (71).

Nous ne partageons toutefois pas entièrement cette analyse. En effet, l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1995 n'excepte de la compétence des médiateurs fédéraux que les actes des autorités administratives fédérales dotées de leur propre médiateur *par* une disposition légale particulière. Puisque le droit d'accès au médiateur parlementaire est un élément essentiel à la protection des droits et intérêts des citoyens et que l'intervention d'une assemblée démocratiquement élue est sans conteste une garantie fondamentale pour l'administré, il nous paraît qu'il

(68) Ou tout autre instance externe de gestion des plaintes (à titre d'exemple, la Commission permanente de contrôle linguistique).

(69) Le décret wallon du 22 décembre 1994 dispose pour sa part que les médiateurs sont compétents pour les autorités administratives régionales, «à l'exclusion des autorités administratives dotées par la loi ou le décret, *ou en application de ceux-ci*, de leur propre médiateur» (art. 1^{er}). L'article 3, alinéa 1^{er}, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002 énonce pour sa part que «le médiateur ne peut recevoir de réclamations pour les services administratifs déjà dotés de leur propre médiateur *par* une loi ou un décret *ou pour les matières spécifiques pour lesquelles une institution similaire existe déjà*».

(70) P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, *op. cit.*, p. 450, note 37.

(71) Dans son avis rendu sur le projet d'arrêté royal, la section de législation avait souligné que l'article 15, 5°, de la loi du 26 juillet 1996 «doit se lire en combinaison avec la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux. Cette loi confère aux médiateurs fédéraux, nommés par la Chambre des représentants, une compétence qu'ils peuvent exercer à l'égard de toutes les autorités administratives fédérales. Dans la mesure où l'article 15, 5°, de la loi du 26 juillet 1996 autorise le Roi à créer un Service de médiation compétent en matière de pensions, il ouvre la possibilité de déroger au régime établi par la loi du 22 mars 1995. Eu égard au caractère spécifique de cette autorisation qui vise à assurer la viabilité des régimes légaux de pension, et à l'économie de la loi précitée de 1995, il y a lieu d'interpréter de manière restrictive l'habilitation donnée en l'espèce au Roi, et le Service de médiation à créer ne peut se rapporter qu'aux services des pensions au sens strict du mot». Le Rapport au Roi confirme ce point de vue.



faut interpréter la loi dans son sens le plus protecteur et ne permettre d'exceptions à la compétence du Collège des médiateurs fédéraux que lorsque le service de médiation particulier est instauré par la loi (72). Dans les autres cas, le médiateur parlementaire est compétent, même si le réclamant doit tout d'abord s'adresser au service de médiation, institué par un acte réglementaire, au sein de l'administration contestée.

Est-ce à dire pour autant que les médiateurs fédéraux peuvent connaître d'une contestation relevant des attributions du service de médiation Pensions? Assurément non. En effet, l'arrêté royal du 27 avril 1997 ayant été confirmé par une loi 12 décembre 1997, il est censé avoir toujours eu force de loi (73).

Ainsi, l'existence d'un service de médiation «sectoriel» n'exclut la compétence des médiateurs fédéraux que s'il a été créé par la loi ou, ce qui revient au même, par un arrêté royal confirmé par le législateur.

26. — Le médiateur incompétent transfère sans délai la réclamation à l'ombudsman qui, à son estime, est apte à traiter la plainte. Il en informe le réclamant.

c) Les conditions relatives à la réclamation en tant que telle

27. — Pour être déclarée recevable, la réclamation doit encore ne pas être manifestement non fondée. Selon l'exposé des motifs de la loi du 22 mars 1995, doit être considérée comme irrecevable «une réclamation qui poursuit des desseins manifestement vexatoires ou diffamatoires» (74). L'on incline à penser qu'il ne s'agit là que d'une liste exemplative des cas dans lesquels la demande peut être jugée manifestement non fondée par le médiateur, ce que confirme, du reste, le règlement d'ordre intérieur du Collège des médiateurs fédéraux qui, en son article 5, dispose qu'est manifestement non fondée la

(72) Voy. d'ailleurs la réponse apportée par le Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique à la question d'un député et soulignant que «une loi au sens formel sera nécessaire pour que l'exception soit applicable. Un arrêté royal ne serait dès lors pas valable» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, p. 13).

(73) Voy. notamment D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 206-209 et références citées.

(74) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 8.



demande totalement fantaisiste, exclusivement vexatoire ou diffamatoire (75). Lorsqu'il parvient à une telle conclusion, le médiateur est tenu de n'y donner aucune suite (76). Il motive dans ce cas sa décision.

Le médiateur *fédéral* est, en outre, tenu de rejeter la plainte lorsque celle-ci est essentiellement la même qu'une réclamation écartée antérieurement et qu'elle ne contient pas de faits nouveaux (77). Aucune cause d'exception similaire n'est prévue par les décrets de la Région wallonne et de la Communauté française.

28. — En outre, le dépôt d'une réclamation auprès du médiateur institutionnel doit avoir été précédé d'une tentative, à tout le moins minimale, de conciliation entamée par l'administré. La loi du 22 mars 1995 précise, en effet, que les médiateurs fédéraux refusent de traiter une plainte lorsque le réclamant n'a manifestement accompli aucune démarche auprès de l'autorité administrative concernée pour obtenir satisfaction (78). Il s'agit «d'éviter qu'il soit recouru au médiateur par facilité. Toutefois, il n'est pas envisagé du tout d'imposer au réclamant de faire la preuve de cette démarche. S'il apparaît manifestement qu'il n'en a fait aucune, la plainte sera irrecevable» (79).

(75) Pour un exemple, voy. J. DELTOUR, *o.c.*, p. 556.

(76) Les décrets de la Région wallonne et de la Communauté française *permettent* au médiateur de rejeter la réclamation pour ce motif (art. 10, §1^{er}, 1^o, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 16, §2, 1^o, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002). On voit mal pour quelles raisons le médiateur accepterait de donner suite à une réclamation manifestement non fondée (Pour un cas similaire, mais en ce qui concerne une demande d'accès à un document administratif considérée comme abusive, voy. D. DEOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, «Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs», in D. RENDERS (dir.), *L'accès... o.c.*, p. 142).

(77) Le fait que le réclamant renonce à son anonymat ou la circonstance qu'il ait accompli pour la première fois certaines démarches auprès de l'autorité administrative peuvent être considérés comme des faits nouveaux (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n^{os} 1436/3 et 1436/7, pp. 23 et 33). La question se pose toutefois de savoir si une telle cause d'irrecevabilité suppose que la demande précédente ait été rejetée par le médiateur auquel elle est à nouveau soumise ou s'il suffit qu'un des ombudsmans institués par ou en vertu de la loi ait déjà écarté pareille demande. Le R.O.I estime qu'il faut que la réclamation antérieure ait été soumise aux médiateurs fédéraux (art. 5. *Addé* art. 11 de l'arrêté royal du 27 avril 1997).

(78) Une même règle paraît prévaloir au sein des entreprises publiques autonomes (D. DEOM, *o.c.*, p. 245).

(79) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n^o 1436/1, pp. 7-8. En sens inverse toutefois, on objectera qu'un processus de médiation contribue d'autant mieux au règlement du conflit qu'il intervient tôt. Or, dans le système belge, l'ombudsman intervient



Le décret wallon *permet* au médiateur parlementaire de refuser de traiter la réclamation, non seulement si le réclamant n'a manifestement accompli aucune démarche auprès de l'administration contestée, mais aussi lorsqu'il a négligé de mettre en œuvre les recours administratifs prévus par la réglementation pertinente (80). Le décret de la Communauté française précise pour sa part que cette dernière règle n'est pas applicable lorsque la réclamation porte précisément sur la manière dont le recours administratif est géré. En cas contraire, le médiateur de la Communauté française est *tenu* de rejeter pareille réclamation (81).

29. — Pour le surplus, aucun formalisme n'est attaché au dépôt de la réclamation (82). Celle-ci se matérialise par un écrit ou est formulée oralement (83). Elle peut être déposée par la personne intéressée elle-même ou par un mandataire (84). Le souci de rendre la procédure de médiation la plus accessible possible a même poussé les médiateurs fédéraux à assurer des permanences dans les chefs-lieux des provinces (85).

Sauf les frais d'envoi éventuels, le recours aux services du médiateur est gratuit (86).

très en aval du conflit, alors que le citoyen s'estime déjà lésé par l'action ou par l'inaction étatique et affiche potentiellement une position de victime. Il s'est déjà épuisé dans des démarches sans succès, puisqu'on lui impose de tenter d'obtenir la satisfaction de la part de l'administration avant de pouvoir saisir le Collège» (Ch. GUY-ECABERT, «Le médiateur institutionnel dans la perspective des nouvelles formes d'action de l'État : l'exemple du Collège des médiateurs fédéraux», *C.D.P.K.*, 2005, pp. 888-889).

(80) Art. 10, §1^{er}, 3^o, du décret de la Région wallonne du 22 décembre 1994. Sur la distinction — parfois difficile à établir — entre ces démarches, voy. R. ANDERSEN et Ch. DE VISSCHER, «Conclusion de la journée d'études du 27 février 2008 "Gestion des plaintes et médiation"», in *Plaintes et médiation ou comment rencontrer les imératifs de qualité des services publics*, T. DUVILLIER (dir.), 2008, p. 140.

(81) Art. 16, §1^{er}, 4^o, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002.

(82) Pour l'efficacité de la procédure, le R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux précise les informations qui doivent être fournies par le réclamant. Si elles font défaut, les médiateurs invitent le réclamant à leur communiquer les éléments manquants. Ce n'est que dans l'hypothèse où cette demande reste sans réponse que les médiateurs écartent la réclamation (art. 8).

(83) Les réclamations adressées au service de médiation compétent en matière de services postaux doivent cependant être introduites par écrit (art. 43^{ter}, §4, de la loi du 21 mars 1991). Il en va de même pour le service de médiation pour l'énergie (A.R. du 18 janvier 2008, art. 2).

(84) Par exemple une a.s.b.l. (P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, *o.c.*, p. 455).

(85) Art. 6 du R.O.I. *Adde* Ch. GUY-ECABERT, *o.c.*, p. 887.

(86) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n^o 1436/7, p. 22. Voy. également art. 9, 1^o, du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux; art. 9, §1^{er}, du décret wallon du 22 décembre 1994. Sur le problème de la langue, voy. art. 7 du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux.



2. Les conséquences de la saisine

30. — L'ombudsman informe immédiatement le réclamant et l'autorité administrative concernée de sa décision de traiter la plainte qui lui est déférée. Le réclamant est, en outre, tenu périodiquement informé des suites qui y sont réservées (87).

L'article 10, 2^o, du règlement d'ordre intérieur du Collège des médiateurs fédéraux impose, par ailleurs, au plaignant de «s'abstenir d'intervenir, directement ou par mandataire interposé, auprès de l'autorité administrative concernée parallèlement à l'intervention des Médiateurs et de manière non concertée avec eux, aussi longtemps qu'ils sont saisis du dossier. En cas d'intervention parallèle, les Médiateurs mettent fin à leur saisine». La précision est importante : elle manifeste la volonté de ne pas permettre la poursuite d'une médiation processuelle ou d'une conciliation binaire entre l'administration et l'administré, concurrentes à l'intervention de l'ombudsman.

31. — La plupart des législations prévoient, par ailleurs, que la procédure devant l'ombudsman est suspendue lorsque les faits en cause font l'objet de recours juridictionnels ou de recours administratifs organisés (88). Il revient à l'autorité administrative d'avertir le médiateur de ce qu'un tel recours a été introduit.

(87) Selon les travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995, le médiateur doit informer mensuellement le réclamant, même en l'absence d'éléments neufs (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n^o 1284-2, p. 7).

(88) Art. 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 mars 1995; art. 11, alinéa 1^{er}, du décret wallon du 22 décembre 1994. On notera que «la suspension ne vaut que pour autant que la réclamation auprès du médiateur et le recours introduit aient le même objet» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n^o 1436/1, p. 9). Le recours devant le médiateur n'est donc pas un préalable obligé à la saisine du Conseil d'Etat (P. LEWALLE, *o.c.*, p. 232). Le décret de la Communauté française se contente toutefois de prévoir la suspension de la procédure devant le médiateur lorsque les faits font l'objet d'une procédure pénale et ce afin, selon les travaux préparatoires, de «ne pas paralyser l'action du médiateur qui peut être menée en parallèle et, éventuellement, aboutir à un retrait desdites procédures» (Projet de décret portant création du service du médiateur de la Communauté française, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, P.C.F., sess. ord. 2001-2002, n^o 249/1, p. 4). Une pareille approche est toutefois sujette à critique compte tenu des exigences déduites de l'article 6 de la Convention européenne. Par ailleurs, en ce que le décret wallon prévoit que la procédure de médiation est suspendue lorsque la réclamation fait l'objet d'un recours administratif, il crée une contradiction avec l'exigence qu'il impose par ailleurs d'épuiser les recours administratifs gracieux et organisés avant de pouvoir saisir le médiateur.



Il s'agit là d'une suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat qui estima que «la mise en œuvre simultanée de procédures de conciliation et de procédures contentieuses est à exclure. En particulier, il n'appartient pas à l'autorité quasi parlementaire d'interférer, fût-ce par conciliation, dans l'examen de ces recours» (89). Récemment, le Premier Président du Conseil d'Etat se serait toutefois montré favorable à un assouplissement de la règle (90).

L'on ne saurait pourtant nier les difficultés qu'occasionne, au regard notamment de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'intervention d'une autorité quasi-parlementaire dans le processus judiciaire. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà souligné que l'indépendance des tribunaux pouvait être mise à mal par des interventions émanant d'autorités publiques extérieures, sans même avoir «à spéculer sur un quelconque effet de telles interventions sur le bon déroulement de la procédure litigieuse» (91). La jurisprudence strasbourgeoise confirme ainsi que «le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable [...] s'opposent à toute ingérence du *pouvoir législatif* dans le but d'influer sur le déroulement judiciaire d'un litige [...] Aussi, serait-il extrêmement préoccupant que la législation ou la pratique d'une Partie contractante puisse permettre à une *autorité non judiciaire, quel qu'en soit le degré de légitimité*, de *s'immiscer* dans une procédure

(89) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 21. Le commentaire de l'avant-projet de loi prévoyait toutefois uniquement qu'«une action de l'autorité qui fait l'objet d'une procédure de recours à cause de son illégalité peut quand même être soumise à une enquête de la part des médiateurs pour ce qui concerne les aspects qui ne peuvent être rapportés à l'éventuelle illégalité».

(90) «Celui-ci ne voit pas d'objection à admettre que la médiation puisse se poursuivre parallèlement à la procédure sur recours juridictionnel ou administratif organisé et même — pourquoi pas — que le juge ou l'autorité administrative statuant sur recours organisé puissent surseoir à statuer en attendant le résultat de la médiation» (*Rapport annuel du Médiateur fédéral 2007*, p. 15). Voy. également la proposition de loi visant à modifier l'article 13 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 50-853/001) citée par P. LEWALLE, *o.c.*, p. 221, note 762. *Adde* R. ANDERSEN et Ch. DE VISSCHER, *o.c.*, p. 140.

(91) Cour eur.D.H., arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, §80, cité par X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROECK, «Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleurs soupes? A propos des relations entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel», disponible sur <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic>, p. 6. *Adde* D. RENDERS, *La consolidation...*, *o.c.*, pp. 322 et s.



judiciaire» (92). Faut-il préciser que la méfiance de la Cour européenne atteint son paroxysme lorsque pareille intervention extérieure est susceptible, non plus seulement d'influencer, mais bien de contraindre le juge saisi du litige (93).

32. — En revanche, la saisine du médiateur ne suspend, ni n'interrompt les délais requis pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat ou pour actionner, le cas échéant, un recours administratif organisé (94).

Compte tenu de l'absence de tout effet contraignant lié à l'office du médiateur et de l'obligation, pour le réclamant, de s'adresser d'abord à l'autorité administrative dont il conteste le comportement, il y a fort à parier que l'administré bien informé désirera se préserver le maximum de chances d'obtenir gain de cause en introduisant, dans les délais prescrits, les recours juridictionnels ou administratifs utiles à la défense de ses intérêts (95). Pour cohérente qu'elle soit, cette attitude aura comme conséquence, dans la plupart des cas (96), de suspendre la procédure devant l'ombudsman. Rien n'exclut tou-

(92) Cour eur.D.H., arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, §129, cité par X. DELGRANGE et S. VAN DROOGENBROECK, *o.c.*, p. 7. Voy. encore le pt. 6 de la recommandation 1615 (2003) précité. Il est cependant vrai que la Cour européenne prend régulièrement en compte les avis des médiateurs nationaux dans son examen de la conformité de l'attitude des Etats parties à la Convention au regard de celle-ci et de ses Protocoles additionnels (pour un exemple récent concernant la Belgique, voy. C.E.D.H., arrêt *Riad et Idials c. Belgique* du 24 janvier 2008).

Plus encore, dans un arrêt du 28 juin 2007, *Ilih c. Slovénie*, la Cour européenne s'est appuyée sur les rapports du médiateur critiquant l'attitude de magistrats — et le sentiment de partialité, qu'ils ont fait naître dans le chef du requérant — pour aboutir à un contrat de violation de l'article 2 de la Convention, dans sa dimension procédurale. La Cour de Strasbourg n'a donc pas hésité à prendre appui sur l'intervention du médiateur dans une procédure juridictionnelle. Il est vrai qu'elle n'était pas saisie de la régularité de pareille intervention dont les conclusions étaient, de surcroît, favorables au requérant.

(93) Sur cet aspect, voy. *infra*. Dans un arrêt récent, la Cour européenne a par ailleurs estimé qu'il serait contraire au principe de sécurité juridique qu'une affaire soit examinée *simultanément* par deux instances judiciaires (Cour eur.D.H., arrêt *Soffer c. Tchéquie* du 8 novembre 2007, §47).

(94) Le Collège des médiateurs fédéraux plaide pour une modification de cette règle (voy. P. LEWALLE, *o.c.*, p. 215. *Adde* R. ANDERSEN et Ch. DE VISSCHER, *o.c.*, p. 141). On relèvera par ailleurs qu'une réclamation auprès des services de médiation compétents en matière de télécommunications et en matière postale qui est déclarée recevable a pour effet de suspendre la procédure de recouvrement par l'opérateur pour une période de quatre mois maximum ou jusqu'à ce que le service de médiation compétent ait formulé une recommandation ou qu'un compromis à l'amiable ait été trouvé (art. 43bis, §6 et art. 43ter, §7, de la loi du 21 mars 1991 précitée). *Adde* art. 27 de la loi du 29 avril 1999.

(95) La moitié des réclamations adressées au Collège des médiateurs fédéraux sont traitées dans un délai de six mois (*Rapport annuel 2007*, p. 34). *Adde* C.E.D.H., décision *Pantoulis c. Grèce* du 18 janvier 2007.

(96) Voy. *supra*.



tefois qu'au terme de la procédure contentieuse, la médiation reprenne, à tout le moins si tel est le désir de l'administré (97). Dans ce cas, le médiateur veillera néanmoins à ne pas inciter les parties à remettre en cause l'autorité de la chose jugée (98).

A l'image de ce que prévoit l'article 1730 du Code judiciaire, le législateur fédéral gagnerait sans doute à prévoir que la saisine des médiateurs fédéraux suspend, pendant un mois ou plus, le cours du délai de soixante jours dans lequel un recours en annulation doit être introduit devant le Conseil d'Etat. Les décrets communautaires et régionaux pourraient, le cas échéant, établir une même règle pour autant que les conditions mises à l'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 se trouvent réunies (99). En cas contraire, il reviendrait au législateur fédéral, compétent pour déterminer la procédure devant le Conseil d'Etat, en vertu de l'article 160 de la Constitution, d'étendre aux médiations institutionnelles instituées au niveau communautaire, régional et local, cette cause de suspension du délai de recours devant la juridiction administrative.

B. — *Les pouvoirs de l'ombudsman*

33. — A la lecture des différents textes légaux instaurant la fonction de médiateur institutionnel, il est permis de distinguer deux compétences généralement reconnues à l'ombudsman (100). La première est d'ordre procédural : le médiateur et ses services disposent de pouvoirs d'instruction non négligeables (1). La seconde touche au pouvoir de médiation proprement dit (2). Certaines législations attribuent enfin à l'ombudsman des compétences tout à fait spécifiques (3).

(97) En ce sens, P. LEWALLE, *o.c.*, p. 222. Une exception semble néanmoins prévaloir à l'égard des services de médiation actifs dans les domaines postaux et de télécommunication. En effet, les articles 43bis, §4, et 43ter, §5, de la loi du 21 mars 1991 prévoient que «l'examen d'une plainte prend fin lorsqu'elle fait l'objet d'un recours juridictionnel».

(98) Les décrets de la Région wallonne et de la Communauté française consacrent expressément une telle obligation dans le chef du médiateur (art. 12, §5, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 18, §6 du décret de la Communauté française du 20 juin 2002). Voy. également l'article 195 du Traité CE et l'article 1, §3, de la décision du Parlement européen du 9 mars 1994 en ce qui concerne le médiateur européen.

(99) Sur ces conditions, voy. *infra*.

(100) Outre la compétence de rédiger des rapports.



1. *Le pouvoir d'instruction*

34. — Les médiateurs peuvent faire toute constatation sur place, se faire communiquer tous les documents (101) et renseignements qu'ils estiment nécessaires et entendre toutes les personnes concernées. Les fonctionnaires et autres personnes liés par une obligation de secret professionnel en sont délivrés dans le cadre de l'enquête menée par le médiateur lequel est, en revanche, et à l'instar de ses services, tenu au secret professionnel. Le médiateur dispose également du pouvoir d'enjoindre aux autorités administratives avec lesquelles il traite de répondre à ses demandes dans un certain délai (102).

L'attribution de pareilles compétences — qui ne sont pas sans rappeler celles de l'auditorat auprès du Conseil d'Etat (103) — constitue un des atouts majeurs du recours au médiateur institutionnel. Muni de ces pouvoirs inquisitoriaux, il est à même de forcer l'administration à dévoiler l'intégralité des aspects de la procédure ayant abouti à la prise de décision et d'y découvrir tantôt certaines irrégularités, tantôt des options critiquables sur le plan de l'opportunité.

2. *Le pouvoir de conciliation*

35. — Les pouvoirs inquisitoriaux reconnus aux médiateurs sont destinés à assurer l'exercice effectif d'une de leurs missions principales : la conciliation des points de vue divergents de l'administration et des administrés (104). Cette compétence expressément consacrée par la loi du 22 mars 1995 — «les médiateurs s'efforcent de concilier les points de vue» — peut prendre la forme tantôt de recommandations, tantôt d'une véritable médiation.

(101) Sauf, pour le médiateur wallon, les documents confidentiels concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure (Art. 13, §1^{er}, al. 2, du décret wallon du 22 décembre 1994). *Adde* art. 3, al.2, de la décision du Parlement européen du 9 mars 1994.

(102) Voy. encore le Protocole d'accord signé en mai 1997 par le Collège des médiateurs fédéraux et le Collège des Secrétaires généraux des administrations fédérales ainsi que le Collège des Administrateurs généraux des parastataux sociaux qui prévoit, en principe, un délai de réponse de quinze jours (P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, *o.c.*, p. 451).

(103) P.-Y. MONETTE et F. BERNARD, *o.c.*, p. 451.

(104) On rappelle que l'ombudsman parlementaire peut aussi jouer un rôle dans le contrôle parlementaire de l'activité du pouvoir exécutif.



L'ombudsman peut *recommander* à l'administration de modifier son comportement ou de revoir la décision qu'elle a adoptée. Il en avertit alors le ministre responsable (105). Pour ce faire, il n'est pas impératif que les parties en conflit se soient physiquement rencontrées. Une étude de dossier — complétée, le cas échéant, par un échange de correspondances — peut parfaitement suffire au médiateur pour considérer que l'administration a commis une illégalité ou une appréciation critiquable sur le strict plan de l'opportunité.

Mais rien n'interdit au médiateur de provoquer une réelle *médiation* entre les parties en conflit en recevant les personnes physiques concernées, à savoir le réclamant et/ou son mandataire, d'un côté, et l'agent responsable du dossier ou, exceptionnellement, un fonctionnaire dirigeant, de l'autre (106). Force est néanmoins de constater qu'en pratique, la médiation au sens strict est peu utilisée (107).

36. — Qu'il s'agisse de formuler des recommandations, de rechercher, par un dialogue à trois voix, une solution de compromis ou de mêler ces deux activités, le médiateur doit connaître les limites au sein desquelles il peut laisser libre cours à son imagination créative. Comme le relève F. DELPEREE, «très curieusement, la loi du 22 mars 1995 reste silencieuse sur ce point. Ses dispositions ne cherchent pas à circonscrire les critères d'intervention du médiateur» (108). Les décrets de la Région wallonne et de la Communauté française sont un peu plus explicites. Ils reconnaissent au médiateur le pouvoir de

(105) Loi du 22 mars 1995, art. 14, alinéa 2. Le R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux fait état d'une procédure de «proposition» au cours de laquelle les médiateurs, sans aller jusqu'à faire une recommandation officielle au sens de la loi, suggèrent à l'administration de modifier sa décision ou son mode opératoire. Cette proposition ne n'est pas notifiée au ministre responsable (art. 12, 7°).

(106) Art. 12, 4°, du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux. Ch. GUY-ECABERT, *o.c.*, p. 888. Les résultats de la médiation ne sont couchés sur papier que lorsque les personnes concernées ont accepté tous ses éléments constitutifs (art. 12, 1^{er} alinéa, 4, du ROI).

(107) Ch. GUY-ECABERT, *o.c.*, p. 888; S. DEPRE, *o.c.*, p. 140. *Compar.* R. PASSEMIERS, *o.c.*, p. 901.

(108) Et l'auteur d'ajouter : «Il faut le regretter. Les médiateurs parlementaires qui trouvent place sur la scène européenne, les médiateurs qui s'activent sur la scène belge n'ont pas tous, on l'a montré, des tâches identiques. Il n'y a pas une tradition commune au médiateur dont il suffirait de s'inspirer pour fournir à celui-ci des directives précises. Peut-on se satisfaire d'une référence dans l'exposé des motifs à la tâche médiatrice, conciliatrice et consultative?» (F. DELPEREE, *o.c.*, p. 81).



connaître des réclamations dirigées contre une autorité administrative qui, selon le réclamant, «n'a pas agi conformément à la mission de service public qu'elle doit assurer» (109) (110). Le flou qui caractérise les missions du médiateur institutionnel lui a permis d'étendre largement son spectre d'intervention, sans que cette augmentation soit toujours exempte de critiques. Il est ainsi permis de distinguer la conciliation en légalité (a), la conciliation en opportunité (b) et l'éventuelle conciliation en équité (c).

a) *La conciliation en légalité*

37. — On a parfois tendance à opposer sur deux aspects l'office du juge et la mission du médiateur. A l'inverse du premier, l'ombudsman assumerait une magistrature d'influence, sans pouvoir de décision. En outre, il ne serait pas le garant de la légalité, mais uniquement de l'opportunité de la décision administrative. Si le premier trait distinctif emporte assurément la conviction, il n'en est rien du second.

Malgré l'option fermement affirmée, au cours des travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995 en faveur d'un strict contrôle en opportunité (111), il paraît en effet acquis à l'heure actuelle que l'ombudsman est chargé de contrôler, avant toute autre chose, la légalité du comportement de l'autorité administrative (112), ce qui intègre aussi le respect par cette autorité des principes généraux de droit administratif (113).

(109) Art. 9, §1^{er}, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 15, §1^{er}, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002. La mission du médiateur européen est visé par l'article 195 du Traité. Celui-ci connaît «des cas de mauvaise administration» des institutions communautaires à l'exception de la Cour de justice et du Tribunal de première instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

(110) Selon l'article 13 du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux, ceux-ci ne se prononcent toutefois pas «lorsqu'un ou plusieurs éléments leur font établir que l'acte ou le fonctionnement incriminé est contraire aux principes de bonne administration, à l'équité ou à la légalité, mais également que la mauvaise administration ainsi constatée découle en partie d'éléments imputables au réclamant lui-même».

(111) Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 3; Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1284-2, p. 13. *Adde* le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 27 avril 1997 précité. Certaines maladresses langagières ont par ailleurs été commises au cours de ces travaux préparatoires, les parlementaires excluant de la sphère de la légalité le contrôle du respect des principes généraux de droit administratif.

(112) R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux, art. 3, alinéa 2. P.-Y. MONETTE, «Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité: une analyse du contrôle exercé par l'ombudsman parlementaire sur l'action de l'administration», *R.B.D.C.*, 2001, p. 10.

(113) P. LEWALLE, *o.c.*, p. 214.



L'on relève, du reste, que, parmi les trois cas les plus fréquents de «maladministration» (114) relevés par le Collège des médiateurs fédéraux en 2007, deux concernaient des règles impératives pour l'administration, à savoir le respect du délai raisonnable et l'obligation d'assurer une publicité passive aux documents qu'elle détient (115).

Ce contrôle de la légalité de l'action administrative ne fait toutefois pas double emploi avec la censure juridictionnelle du Conseil d'État. D'une part, il n'intervient pas nécessairement au même moment. En effet, l'ombudsman peut être appelé à intervenir alors même qu'aucune décision n'est encore prise par l'autorité administrative, ce qui exclut le recours au juge de l'excès de pouvoir. De l'autre, le contrôle du médiateur peut porter sur des objets qui, parce qu'ils ne prennent pas la forme d'un acte administratif unilatéral, sont impuissants à fonder un recours juridictionnel devant ce même juge.

38. — Lorsque le médiateur estime que le comportement de l'administration est constitutif d'une illégalité, celui-ci n'a d'autre choix, nous semble-t-il, que de solliciter de celle-ci qu'elle revoit sa position, le cas échéant avec effet rétroactif (116). L'ombudsman ne saurait, dans ce cas, chercher à obtenir de l'individu qu'il consente au maintien d'un acte illégal qui lui cause grief, voire porte atteinte à un de ses droits subjectifs. Une exception demeure cependant : celle du respect dû au principe de la sécurité juridique (117).

b) La conciliation en opportunité

39. — Si l'office du médiateur débute par le contrôle du respect de la légalité, celui-ci, à la différence de la mission juridictionnelle, ne s'y limite cependant pas. L'ombudsman est encore en mesure de se fonder sur des considérations de pure

(114) Pour reprendre le terme employé par P. LEWALLE, qui le définit de la manière suivante : «l'hypothèse dans laquelle il peut être reproché à l'autorité administrative d'avoir pris une décision qui peut être soit inopportune, soit illégale, soit à la fois inopportune et illégale» (o.c., p. 209, note 705).

(115) *Rapport annuel du Médiateur fédéral — Année 2007*, p. 31.

(116) Si, en principe, les actes administratifs sont dépourvus de portée rétroactive, une exception à ce principe consiste précisément dans la théorie du retrait de l'acte irrégulier, envisagée *infra*.

(117) Voy. *infra*.



opportunité pour apprécier le comportement de l'administration et requérir, le cas échéant, qu'elle modifie sa ligne de conduite.

Qu'on ne s'y méprenne pas : le contrôle d'opportunité complète le contrôle de légalité. Il n'a pas pour objet de l'anéantir. Aussi le médiateur ne pourrait-il se prévaloir de cette mission afin de suggérer à l'administration d'adopter une position qu'il estimerait plus opportune mais qui placerait cette dernière en porte-à-faux avec les normes qui s'imposent à elle.

Il s'ensuit que la conciliation en opportunité ne peut être envisagée que dans le cas où l'autorité administrative dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire qui lui laisse une marge d'appréciation quant à la mesure à adopter. Lorsque l'administration ne dispose que d'une compétence liée, le contrôle de l'opportunité de la mesure est sans objet.

40. — La conciliation en opportunité doit encore être distinguée, sous un autre aspect, de la conciliation en légalité. Il se peut en effet qu'une décision inopportune soit également illégale. Elle l'est soit en raison d'une irrégularité étrangère à la question de l'opportunité de la mesure, soit parce que, plus qu'inopportune, la décision de l'autorité administrative est disproportionnée.

Conçue comme un principe général de droit administratif, l'exigence de proportionnalité s'oppose à ce que, usant de son pouvoir discrétionnaire, l'autorité administrative adopte une décision aux effets manifestement déraisonnables par rapport à l'objectif qu'elle poursuit. Principe général de droit accueilli tant par le Conseil d'Etat que par les cours et tribunaux, le principe de proportionnalité permet à ces juridictions de censurer, au terme d'un contrôle marginal, l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'autorité administrative (118).

La conciliation en opportunité opérée par le médiateur dépasse toutefois largement le contrôle marginal des actes adoptés par l'autorité administrative en vertu de son pouvoir

(118) Nous n'entrons pas ici dans la délicate question du contrôle de pleine juridiction sur les décisions administratives exigé, dans certaines circonstances, par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.



discrétionnaire. Toute trace de disproportion dans l'action de l'autorité administrative est susceptible d'être pointée du doigt par le médiateur. Plus encore, même lorsqu'il n'est pas disproportionné au sens strict, le comportement qui fait l'objet de la réclamation peut être critiqué par l'ombudsman (119).

41. — Lors d'une conciliation en opportunité, le médiateur est libre de chercher à convaincre l'administré d'accepter une décision moins favorable à ses intérêts que ce qu'il n'eût escompté. Pour autant que la décision respecte le principe de légalité — et donc de proportionnalité —, il n'y a pas lieu de s'émouvoir de ce que l'ombudsman cherche à parvenir à un équilibre entre les exigences liées à l'intérêt général et les intérêts particuliers de l'administré (120).

c) *D'une conciliation en équité vers une conciliation en «constitutionnalité»?*

42. — Confronté à une décision administrative en tous points légale, mais manifestement contraire à l'équité, l'ombudsman peut encore, semble-t-il, recommander à l'autorité administrative de revoir sa position, quitte à violer les règles qui s'imposent à elle mais dont l'application stricte aboutirait inévitablement à une décision inéquitable. Tel est le propos de l'article 10, alinéa 3, du règlement d'ordre intérieur du Collège des médiateurs fédéraux (121), approuvé par la Chambre des représentants. Tel pourrait aussi être l'objet de l'article 12, §4, du décret wallon du 22 décembre 1994 et de

(119) *Compar.* les pouvoirs que se reconnaît le médiateur européen : «when in carrying out its administrative tasks Community bureaucracy is vested with discretionary powers, the Ombudsman will only examine whether the institution or body concerned has acted within the limits of its legal authority without questioning the merits of the discretionary administrative decision made» (A. TSAPIRAS, *o.c.*, p. 850).

(120) J. DELTOUR, *o.c.*, p. 553.

(121) «Les médiateurs examinent alors si le fonctionnement ou les actes incriminés sont conformes aux principes de bonne administration, à l'équité ou à la légalité». C'est nous qui soulignons. Une telle interprétation des pouvoirs reconnus aux médiateurs fédéraux peut trouver un appui dans les travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995 (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1284-2, pp. 12-13). Les médiateurs fédéraux ne recourent toutefois pas à une telle conciliation lorsqu'ils sont saisis par la Chambre des représentants (voy. *supra*, note 23).



l'article 18, §5, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002 (122).

43. — *A priori*, ce type de conciliation ne peut avoir lieu qu'à l'égard de questions où l'autorité administrative dispose d'une compétence liée (123). En effet, une décision manifestement contraire à l'équité paraît constituer *a fortiori* une décision inopportune et devrait dès lors être sanctionnée au terme de la simple conciliation en opportunité.

C'est toutefois oublier que, sous peine de virer à l'arbitraire, il n'est pas de compétence discrétionnaire qui ne se trouve, à un point ou à un autre, bornée par quelque règle de droit. En d'autres termes, l'espace de liberté de l'autorité administrative est toujours clôturée, plus ou moins lâchement (124). Or, il peut advenir qu'aucune des décisions susceptibles d'être prises au sein de cet espace clos ne satisfasse à la plus élémentaire

(122) «Lorsqu'il apparaît au médiateur, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives, décrétales ou réglementaires aboutit à une *iniquité*, il peut recommander à l'autorité administrative mise en cause *toute* solution permettant de régler en équité la situation du requérant, proposer à l'autorité compétente *toutes* mesures qu'il estime de nature à y remédier et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs, décrets ou réglementaires. Il en informe le ministre responsable». Bien que le texte même de ces deux articles laisse planer peu de doutes sur le pouvoir du médiateur de statuer en équité, on ne saurait faire abstraction de l'explicitation qui en est donnée dans l'exposé des motifs précédant le projet de décret qui aboutira au décret de la Communauté française du 20 juin 2002. Le Gouvernement y précise que le médiateur «peut agir en cas d'iniquité, c'est-à-dire que s'il appert que la rigueur de la loi conduit à des conséquences particulièrement injustes, le médiateur peut proposer certains assouplissements dans l'interprétation du texte légal *sans pour autant s'en écarter* et, le cas échéant, peut suggérer certaines modifications à celui-ci» (*Doc. parl.*, P.C.F., sess. ord. 2001-2002, n° 249/1, p. 5). Cette précision entend probablement répondre aux critiques que la section de législation du Conseil d'Etat avait formulées à l'endroit d'un tel pouvoir en équité. Selon le Haut conseil, cet article ne saurait être compris «comme permettant au médiateur de suggérer aux services administratifs en cause *d'écarter* l'application d'une disposition décrétales, légale ou *réglementaire* lorsqu'à ses yeux celle-ci aboutit à une iniquité». On relèvera toutefois que, dans l'exposé des motifs, cette précision se limite toutefois aux *seuls textes légaux*. Sans doute, le Gouvernement a-t-il considéré que le médiateur, nommé par le Parlement de la Communauté française, disposait, dans sa mission de conciliation en équité, du pouvoir d'écarter tous les actes hiérarchiquement inférieurs au décret. En revanche, il ne lui reviendrait pas d'écarter purement et simplement une norme législative. Il ne lui est permis que d'en infléchir le sens. On peut toutefois se demander si ce dernier pouvoir ne renvoie pas plutôt à une conciliation en légalité (en vertu du principe de proportionnalité qui impose, même à l'égard des actes législatifs, d'interpréter la norme dans son sens le moins attentatoire aux droits et libertés des individus) ou à une conciliation en opportunité (la loi disposant de plusieurs interprétations toutes valables d'un strict point de vue juridique).

(123) P.-Y. MONETTE, «Du contrôle de légalité...», *o.c.*, p. 25.

(124) Th. BOMBOIS, «Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique. Vol au-dessus d'un nid de vipères?», *C.D.P.K.*, 2005, pp. 8-9 et références citées; égal. D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Erreur de droit et droit à l'erreur» in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 463-464.



équité de telle sorte que la seule décision équitable se situe en dehors du champ des potentialités légales offertes au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Dans ce cas, la conciliation en opportunité est impuissante à remettre en cause la décision de l'autorité administrative puisque cette conciliation doit demeurer dans les strictes limites de la légalité.

44. — Plus fondamentalement, nous doutons que le législateur puisse accorder aux médiateurs un tel pouvoir de recommandation *contra legem* ou, à tout le moins, que les autorités administratives puissent être autorisées à suivre une pareille recommandation (125).

Selon les médiateurs fédéraux, une telle compétence leur reviendrait en raison de leur rattachement au pouvoir législatif. Comme le relève néanmoins Francis DELPEREE, ceux-ci ne bénéficient pas d'une légitimité démocratique comparable aux élus de la Nation. Ils ne peuvent être assimilés à Ses représentants (126). En outre, l'on ne saurait exclure que leur conciliation en équité aboutisse à dégager une solution qui soit, non seulement illégale, mais aussi contraire à des règles — constitutionnelles ou internationales — qui s'imposent même au législateur (127).

La section de législation du Conseil d'Etat ne s'y est, du reste, pas trompée en rendant un avis négatif sur la proposition de loi destinée à accorder explicitement pareille compétence au Collège des médiateurs fédéraux. Conformément à l'article 108 de la Constitution, le pouvoir exécutif est en charge de l'exécution des lois, non de leur évitement (128).

45. — Est-ce à dire que l'objectif louable d'éviter les injustices liées à une application aveugle de dispositifs légaux ou réglementaires trop rigides est voué aux oubliettes de la

(125) Sur cette nuance, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'équité et la Constitution. A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux», *C.D.P.K.*, 2001, pp. 364-365.

(126) F. DELPEREE, *o.c.*, pp. 73 et 75.

(127) Ou à des dispositions contraignantes pour l'autorité administrative mais adoptées par le législateur d'une autre collectivité politique que celle à laquelle appartient le médiateur en cause.

(128) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-889/002. Dans le même sens, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 366 et s. Pour une critique de cet avis, voy., au contraire, P.-Y. MONETTE, «Du contrôle de légalité...», *o.c.*, p. 26.



médiation institutionnelle? A notre estime, il existe une voie alternative qui, si tel était le vœu du Constituant, permettrait au médiateur et aux autorités administratives de lutter contre de tels dévoiements, préjudiciables aux administrés.

Il advient en effet que l'autorité administrative se trouve placée dans une situation où la marge de manœuvre dont elle dispose — à supposer qu'elle en ait une — est trop limitée pour respecter les droits fondamentaux des administrés. La loi ou le règlement hiérarchiquement supérieur ne lui laisse pas assez de champ.

46. — Face à cette opposition entre le principe de légalité — supposant de respecter l'intégralité des normes hiérarchiquement supérieures — et le respect dû aux droits fondamentaux, le juge dispose de deux outils performants.

Il est, tout d'abord, en mesure d'actionner l'article 159 de la Constitution. En vertu de cette disposition, le juge doit écarter l'application d'un acte administratif contraire à une disposition hiérarchiquement supérieure. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, le juge peut également écarter l'application d'une norme législative contraire à une disposition de droit international conventionnel directement applicable en droit interne.

Le second instrument dont dispose le juge est la possibilité qu'il a d'interroger la Cour constitutionnelle quant à la compatibilité d'une disposition législative avec les articles de la Constitution dont la Cour assure le respect.

47. — En revanche, l'administration active est dépourvue de ces moyens d'éviter l'application d'une règle qui, si elle s'impose à elle, n'en est pas moins contraire à une règle hiérarchiquement supérieure (129).

(129) L'article 142 de la Constitution et l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 organique de la Cour constitutionnelle réservent en effet aux seules juridictions le pouvoir de renvoyer une question préjudicielle à la Cour. Sur l'impossibilité pour l'administration de refuser d'appliquer une loi contraire à la Constitution, voy., par ailleurs, Cass., 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1080. Par ailleurs, l'article 159 de la Constitution n'attribue qu'aux cours et tribunaux — et par extension à tous les organes juridictionnels — la compétence d'écarter tout acte administratif contraire au principe de légalité. L'administration active est privée de ce pouvoir, sans préjudice toutefois de l'obligation qu'a tout agent de ne pas se conformer à un ordre manifestement illégal, des pouvoirs reconnus à l'autorité de tutelle et de l'obligation, faite par le droit communautaire, à toute administration de refuser d'appliquer toute disposition de droit national contraire



Or, lorsqu'on s'interroge sur la raison pour laquelle les médiateurs tiennent à pouvoir assumer une fonction de conciliation en équité, on s'aperçoit que leur volonté première est d'éviter que l'application stricte du principe de légalité par les autorités administratives n'entraîne un préjudice extraordinaire dans le chef des administrés (130). Dans la plupart des cas, ce préjudice extraordinaire pourra se traduire juridiquement par une violation d'un des droits fondamentaux reconnus par la Constitution ou par les conventions internationales directement applicables en droit belge.

48. — Dans ce contexte, ne pourrait-on pas imaginer que le médiateur ait la possibilité de recommander à l'administration d'écarter une disposition *réglementaire* lorsque celle-ci viole un des droits fondamentaux de l'administré? Dans ce cas, mais dans ce cas uniquement, l'autorité administrative disposerait de la *faculté* d'exciper du principe contenu à l'article 159 de la Constitution pour écarter l'application de la disposition réglementaire sans que cette appropriation du mécanisme d'exception d'illégalité ne puisse lui être reprochée par la suite (131).

Lorsque l'autorité administrative est contrainte de méconnaître un ou plusieurs droits fondamentaux de l'administré en raison, non plus d'un acte réglementaire, mais d'un acte législatif, le médiateur, comme il l'a déjà sollicité (132), pourrait se

à une règle communautaire dotée d'effet direct (C.J.C.E., arrêt *Fratelli Costanzo* du 22 juin 1989, C-103/88, pt. 31. A ce sujet, voy. aussi Th. BOMBOIS, «L'administration, juge de la légalité communautaire. Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de Justice de Luxembourg», *N.T.*, 2009, pp. 169 et s.). On relève cependant que, dans certains de ses arrêts, le Conseil d'Etat a déjà reconnu à l'administration active le droit d'appliquer elle-même la règle contenue à l'article 159 de la Constitution (A propos de cette controverse, voy. notamment A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, 16^e éd., 2002, pp. 815-816 : J. THEUNIS, «De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden», *R.W.*, 2007-2008, pp. 1270-1272).

(130) P.-Y. MONETTE, «Du contrôle de légalité...», *o.c.*, p. 28.

(131) Le Conseil d'Etat ne pourrait donc annuler l'acte administratif pour la seule raison qu'il a écarté d'office une disposition réglementaire qui lui était applicable. En revanche, le juge demeurerait compétent pour contrôler s'il y avait bien lieu d'écarter pareille disposition. Il serait ainsi possible de rencontrer, partiellement du moins, l'inconvénient majeur de l'article 159 de la Constitution et qui a été fort bien mis en lumière par P. MARTENS qui relève que «les arrêts rendus au contentieux de l'excès de pouvoir sont déclaratifs de droits : puisque le Conseil d'Etat ne peut que dire à l'administration ce qu'elle aurait dû faire, pourquoi interdire à celle-ci de le faire d'emblée?» («L'exception d'illégalité entre l'injustice et le désordre», note sous C.E., 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1540).

(132) Voy. P.-Y. MONETTE, «Du contrôle de légalité...», *o.c.*, pp. 11-12. *Compar. Commission européenne pour la démocratie par le droit, Avis sur la réforme éventuelle de l'ins-*



voir autoriser à interroger la Cour constitutionnelle à ce propos. La réponse apportée par celle-ci, au terme d'une procédure contradictoire, lierait le médiateur parlementaire et les parties à la médiation.

Ces deux modifications substantielles des compétences reconnues au médiateur nécessiteraient une révision constitutionnelle. L'occasion pourrait alors être saisie pour conférer à l'ombudsman un véritable statut constitutionnel, sollicité par l'exercice de telles attributions (133).

tution de l'ombudsman au Kazakhstan, n° 425/2007 : «il est souhaitable de prévoir dans le mandat de l'ombudsman ou du défenseur des droits de l'homme la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle de l'Etat pour qu'elle rende un jugement de principe sur les questions concernant la constitutionnalité de lois, de règlements ou d'actes administratifs généraux qui soulèvent des questions liées aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. L'ombudsman devrait pouvoir le faire d'office ou à la suite d'une plainte particulière déposée auprès de ses services. Dans ce dernier cas, il vaudrait mieux que soient respectées les conditions suivantes : les questions soulevées par la plainte se prêtent de fait à la saisine de la Cour constitutionnelle et la situation du requérant n'indique pas que la saisie des tribunaux de droit commun en tant que première solution conduira ou pourrait conduire le tribunal à surseoir à statuer afin de saisir la Cour constitutionnelle pour un contrôle de constitutionnalité». Voy. aussi la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 1615 (2003) sur l'institution du médiateur, pt 5 : «La neutralité du médiateur et le fait qu'il soit universellement respecté, à la fois par les plaignants et par ceux qui font l'objet de ses enquêtes, sont essentiels au bon fonctionnement de l'institution du médiateur. L'Assemblée considère que le meilleur moyen de préserver ces caractères est de limiter le pouvoir coercitif du médiateur à la pression morale qu'exerce inévitablement la critique publique, par la remise au parlement de rapports dénonçant les cas de mauvaise administration et la condamnation politique de ces situations par le parlement. L'Assemblée estime de ce fait que l'accès des médiateurs aux juridictions administratives et constitutionnelles devrait être limité à des demandes de jugements interprétatifs sur des questions de droit relatives à leur mandat ou à leurs enquêtes particulières, à moins qu'ils représentent un plaignant privé d'un accès direct à ces tribunaux. Il est toutefois préférable qu'une personne ayant qualité pour ester en justice soit habilitée à saisir directement ces juridictions». Voy. encore le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, p. 94.

(133) Comme le soulignait d'ailleurs encore récemment la Commission de Venise, «pour promouvoir et préserver l'indépendance et la neutralité d'un ombudsman ou d'un défenseur des droits de l'homme, lui assurer le respect de la population et garantir sa place parmi les autres institutions qui sont essentielles à son bon fonctionnement, il est capital d'inscrire le statut de celle-ci dans un solide cadre législatif. En conséquence, *il est hautement souhaitable de garantir l'existence de l'institution au niveau constitutionnel* par des dispositions expresses dans la Constitution, qui définissent les caractéristiques et les compétences du Bureau de l'ombudsman ou du défenseur des droits de l'homme, ainsi que les conditions de base de sa nomination. Il n'est pas nécessaire de détailler beaucoup ces dispositions, car les caractéristiques et les fonctions du Bureau doivent être précisées et garanties par une loi d'habilitation ou un règlement prévoyant globalement le cadre et les activités de cette institution par référence à la Constitution. Il est aussi souhaitable que les dispositions constitutionnelles ne soient pas libellées dans des termes qui soient si limitatifs qu'ils empêchent le développement raisonnable de l'institution dans le cadre qui est le sien. En particulier, elles ne devraient pas être considérées comme empêchant la création d'institutions analogues au niveau local ou régional ou dans des domaines spécifiques» (Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Avis sur la réforme éventuelle de l'institution de l'ombudsman au Kazakhstan, n° 425/2007*). Voy. aussi la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'institution du Médiateur (pt 7, 1).



3. *Les pouvoirs spécifiques*

49. — En vertu de l'article 43, §3, 4°, de la loi du 21 mars 1991, le service de médiation institué auprès de la SNCB peut se prononcer en tant qu'arbitre dans tout différend que l'entreprise publique et l'utilisateur soumettent à tel arbitrage par convention conclue après la naissance du différend (134). En outre, le service de médiation, créé au sein de l'IBPT et compétent en matière de télécommunications, peut examiner la demande de toute personne se prétendant victime d'une utilisation malveillante d'un réseau ou d'un service de communications électroniques et par laquelle cette personne entend obtenir l'identité et l'adresse des utilisateurs de réseaux ou des services de communications électroniques l'ayant importunée. Le service de médiation peut accéder à la demande pour autant que les données sollicitées soient disponibles, que les faits semblent établis et que la demande se rapporte à des dates et heures précises (135).

Quant aux médiateurs de la Région wallonne et de la Communauté française, ceux-ci peuvent, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'autorité administrative de s'y conformer dans le délai qu'il fixe. Si cette recommandation n'est pas suivie d'effet, le médiateur rédige un rapport spécial à ce propos (136).

C. — *Les conséquences de la médiation*

50. — On distingue, en la matière, les conséquences directes de la médiation (1) et ses conséquences indirectes (2).

(134) Relevons encore que, selon les travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995, si «le médiateur ne peut jamais être désigné officiellement en tant qu'arbitre, étant donné que la loi ne lui donne aucun droit de décision [...], les parties peuvent cependant convenir préalablement de suivre l'avis du médiateur» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/7, p. 29).

(135) Art. 43bis, §3, 7°, de la loi du 21 mars 1991 précitée.

(136) Art. 12, §5, alinéa 2, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 18, §6, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002.



1. *Les conséquences directes de la médiation*

51. — Est-il besoin de le souligner davantage ? Les pouvoirs de l'ombudsman ne sont pas contraignants (137). Hormis sur les membres de leur personnel, ceux-ci ne disposent d'aucune autorité autre que morale. C'est par la force de persuasion de leurs arguments et par le climat de confiance qu'ils parviennent à instaurer entre les parties en conflit que la solution qu'ils dégagent pourra s'imposer à l'administration et à l'administré. Pierre-Yves MONETTE relève à juste titre que « la solution en médiation n'est en effet jamais imposée mais toujours librement consentie, participant de la philosophie du 'tout le monde gagnant' » (138).

On relèvera néanmoins que si, au cours de la procédure de médiation, les parties s'accordent autour d'une solution négociée entre elles, les termes de cette solution sont mis par écrit. Dès lors que les parties y apposent leur signature, ce document les engage (139). Il va de soi que ce dernier ne peut contenir d'illégalité et ne saurait porter atteinte à l'ordre public (140).

Comme le relèvent les travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995, « la tâche des médiateurs n'est en tout cas pas d'imputer des responsabilités ou de constater des fautes, mais de suggérer des solutions » (141). Cela n'empêche toutefois pas le médiateur d'avoir à dénoncer les infractions pénales et disciplinaires qu'il constaterait dans l'exercice de sa mission respectivement au Procureur du Roi et à l'autorité disciplinaire compétente (142).

(137) Exception faite, naturellement, des pouvoirs d'arbitrage qui peuvent leur être reconnus (voy. *supra* pour le collège des médiateurs fédéraux et le service de médiation de la SNCB). Il s'ensuit qu'une plainte au médiateur ne constitue pas en principe un recours devant être exercé avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme (voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Denizci et autres c. Chypre*, du 23 mai 2001).

(138) P.-Y. MONETTE, « De la médiation... », *o.c.*, p. 31. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer l'importance pratique de l'arme de dissuasion que constitue la publicité accordée à ses activités, via la rédaction de rapports notamment.

(139) Art. 12, 4^o, du R.O.I. du Collège des médiateurs fédéraux. On peut se demander si une telle précision ne devrait pas figurer dans la loi elle-même. Cet article prévoit encore que « aucun autre élément d'une médiation n'engage les parties ou ne peut être retenu pour ou utilisé contre elles, et ce tant en cas de succès que d'échec de la médiation ».

(140) Sur cette question, voy. *infra*.

(141) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n^o 1436/1, p. 9.

(142) Relevons que, selon Ch. GUY-ECABERT (*o.c.*, p. 889), cette obligation de dénonciation « ne paraît pas indispensable. Elle pourrait même porter atteinte à leur indépendance par rapport à l'administration fédérale et engendrer un réflexe de rétention de l'information ».



52. — Les médiateurs de la Région wallonne et de la Communauté française doivent, par ailleurs, être informés des suites que l'administration réserve à leurs recommandations. Celle-ci lui adresse une réponse motivée si elle estime ne pas devoir tenir compte d'une recommandation qu'ils ont formulée. A défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé, le médiateur peut rendre publiques ses recommandations (143).

2. Les conséquences indirectes de la médiation

53. — L'œuvre de médiation a abouti. L'autorité administrative accepte de revoir sa position en faveur du réclamant. Ou, au contraire, le médiateur a rejeté la plainte ou, bien qu'il l'ait traitée, aucune solution de compromis n'a été dégagée. Dans toutes ces hypothèses, une voie juridictionnelle est-elle ouverte contre l'action du médiateur ou l'attitude de l'autorité administrative ?

a) Un recours juridictionnel contre l'action du médiateur ?

54. — La question se pose d'emblée de savoir s'il est concevable pour le réclamant, l'autorité administrative ou un tiers intéressé d'agir devant le Conseil d'Etat pour contester l'action de l'ombudsman. On sait que la première des conditions à remplir afin de pouvoir s'adresser au juge de l'excès de pouvoir est, en principe, de se trouver confronté à un acte d'une autorité administrative causant grief. Précisément, le médiateur institutionnel est-il une autorité administrative au sens qu'en donne l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ?

55. — En ce qui concerne le médiateur parlementaire, la réponse paraît ne faire aucun doute. La jurisprudence tant de la section de législation que de la section d'administration — désormais section du contentieux administratif — du Conseil d'Etat le considère comme une autorité parlementaire indé-

(143) Art. 12, §6, du décret wallon du 22 décembre 1994; art. 18, §7, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002.



pendante, et non comme une autorité administrative (144). La doctrine partage cette analyse (145).

On ne saurait toutefois passer sous silence l'extension du champ d'application qu'a connu l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat à la suite d'un important arrêt rendu par la Cour constitutionnelle. Le 15 mai 1996, la Cour — encore qualifiée d'arbitrage — jugea que l'impossibilité pour les fonctionnaires au service d'une assemblée législative de saisir le Conseil d'Etat d'actes adoptés par le Parlement ou ses organes et leur causant grief était discriminatoire compte tenu de la possibilité qu'ont tous les autres agents de l'Etat de contester de pareils actes devant le juge administratif.

Pour se conformer à cet arrêt, le législateur modifia, le 25 mai 1999, l'article 14 des lois coordonnées, lequel dispose désormais que la section du contentieux administratif statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation formés contre les actes et règlements «des assemblées législatives ou de leurs organes, *en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées*, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice *relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel*». Les actes du médiateur parlementaire par lequel celui-ci gère son personnel sont donc justiciables du Conseil d'Etat (146).

Il s'ensuit qu'à l'exception des questions relatives à la fonction publique et aux marchés publics, les actions du médiateur parlementaire échappent à la censure du Conseil d'Etat. A la suite de Paul LEWALLE, l'on ne peut que regretter la création d'une «sorte de 'sanctuaire', dans lequel les médiateurs décident sans possibilité de recours» (147) et ce, même si, pour une large part, les actes qu'ils posent ne sont pas susceptibles de causer grief.

(144) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, pp. 2, 9 et 15 : C.E., arrêt *Vande Castele* du 19 décembre 2005, n° 152.880.

(145) *Voy.*, notamment, F. DELPEREE, *o.c.*, p. 68; P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 218 et 223.

(146) C.E., arrêt *Vande Castele* du 7 janvier 2005, n° 138.950; C.E., arrêt *Vande Castele* du 19 janvier 2006, n° 153.986 (solution implicite).

(147) P. LEWALLE, *o.c.*, p. 262.



56. — Qu'en est-il des médiateurs institués par ou en vertu de la loi *au sein* de certaines entités publiques particulières? Compte tenu de ce qu'il se rattache organiquement au pouvoir exécutif, le statut d'autorité administrative doit leur être reconnu, sauf à considérer que, même pour les autorités organiquement rattachées au pouvoir exécutif, le critère décisif d'attribution de pareille qualité soit la capacité de lier des tiers (148).

A supposer qu'il puisse être regardé comme une autorité administrative, le médiateur institutionnel non parlementaire ne pourrait adopter des actes justiciables du Conseil d'Etat que pour autant que ces actes causent grief à un individu. Malgré le caractère non contraignant de son office, il est néanmoins des décisions adoptées par le médiateur qui peuvent causer grief au réclamant, comme la décision de ne pas donner suite à sa plainte. De même, l'exercice des pouvoirs d'instruction qui lui sont reconnus — voire de ses compétences d'arbitrage ou de dénonciation — peut faire grief tant aux agents de l'autorité administrative qu'à des tiers (149).

57. — Reste à savoir si la victime d'une faute commise par le médiateur parlementaire dans l'exercice de ses fonctions peut mettre en cause la responsabilité civile du médiateur ou de la personne morale de droit public dont il dépend.

Un premier constat s'impose. La loi du 10 février 2003 «relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques» ne paraît pas trouver à s'appliquer au médiateur parlementaire (150). Cette loi — dont l'une des originalités est d'étendre à l'agent organe l'exonération de responsabilité pour les fautes légères non habituelles qui profitait déjà au préposé — ne concerne en

(148) A ce propos, voy. la controverse relayée par V. VERDEYEN, *o.c.*, p. 328 et *supra*. Pour une réponse négative, voy. C.E., arrêt *Van Laere* du 6 novembre 2007, n° 176.478.

(149) Voy., à ce propos, P. LEWALLE, *o.c.*, p. 253. Sur les réserves à émettre à l'égard de la compétence du Conseil d'Etat relative à l'action du service de médiation Pensions, appelé à se prononcer sur la reconnaissance d'un droit subjectif, voy. P. LEWALLE, *o.c.*, p. 251.

(150) Compte tenu des garanties d'indépendance qui doivent accompagner la création d'un médiateur «sectoriel», cette loi ne devrait pas davantage s'appliquer à cette catégorie d'ombudsmans.



effet que les agents des pouvoirs publics soumis à un lien de subordination (151).

Le médiateur étant néanmoins un agent organe, seul l'article 1382 du Code civil doit dès lors être pris en considération. Sans préjudice de la théorie de l'apparence, la victime d'une faute commise par le médiateur dans l'exercice de ses fonctions peut, en principe, assigner *in solidum* le médiateur et la personne morale de droit public à laquelle il ressortit, en réparation du préjudice qu'elle a subi (152).

58. — Ce constat peut-il être mis en doute par l'article 20 de la loi du 22 mars 1995? Cette disposition prévoit que le statut des médiateurs fédéraux est identique à celui des conseillers à la Cour des comptes. Or, à supposer que ces derniers doivent être considérés comme des magistrats, leur responsabilité civile ne peut être engagée, pour une faute commise dans l'exercice de leurs fonctions, que dans les conditions particulièrement restrictives de la procédure de prise à partie, prévue aux articles 1140 et suivants du Code judiciaire.

Conformément à l'article 1140 du Code judiciaire, la Cour de cassation ne peut condamner un juge à réparer le préjudice qu'il a causé que s'il s'est rendu coupables de dol ou de fraude, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements; si la prise à partie est expressément prononcée par la loi; si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ou s'il y a déni de justice.

Il va de soi que le médiateur ne peut pas se rendre coupable de déni de justice, ni davantage de dol ou de fraude lors de jugements. En outre, aucune disposition législative ne prononce d'office une prise à partie à l'égard des médiateurs fédéraux, ni ne les déclare responsable à peine de dommages-intérêts.

(151) Voy. D. RENDERS et F. PIRET, «La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux» in L. LE HARDY DE BEAULIEU, *Droit de la démocratie provinciale et communale : la désignation et la responsabilité des mandataires. Actes de la journée d'études — 21 juin 2006*, Namur, Presses universitaires des FUCAM, 2006, pp. 111-115.

(152) Rappelons toutefois que, dans son arrêt n° 77196, du 18 décembre 1996, la Cour constitutionnelle a rapproché très substantiellement le régime de responsabilité personnelle de l'organe de celui fixé par l'article 18 de la loi sur le contrat de travail.



A suivre une pareille interprétation, et sauf à considérer que le dol ou la fraude dans l'exercice de la mission de conciliation du médiateur fédéral peuvent être assimilés au dol ou à la fraude du juge lors de l'instruction de la cause dont il est saisi, les médiateurs fédéraux disposeraient d'une immunité totale contre toute action en responsabilité civile fondée sur une faute commise dans l'exercice de leur mission (153). Seule une action en responsabilité contre la personne morale à laquelle ressortit le médiateur serait dès lors envisageable.

59. — L'article 10 du décret de la Communauté française du 20 août 2002 prévoit, quant à lui, que «les règles régissant *le statut pécuniaire* des conseillers et des premiers auditeurs directeurs à la Cour des comptes, contenues dans la loi du 21 mars 1964 relative aux traitements des membres de la Cour des comptes, sont applicables respectivement au médiateur et au médiateur adjoint». Le législateur décrétoal n'entend donc pas appliquer au médiateur de la Communauté française, ni à son adjoint, les articles 1140 et suivants du Code judiciaire. Rien n'empêche dès lors la victime supposée d'une faute commise par ce médiateur dans l'exercice de ses fonctions d'agir également en responsabilité contre lui.

(153) Ce qui irait à l'encontre de la volonté affichée lors des travaux préparatoires de la loi du 22 mars 1995 (voy. *supra* note 16). On relèvera néanmoins la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard. Alors qu'un recours en carence ne peut être intenté contre le médiateur (T.P.I.C.E., ordonnance du 22 mai 2000, *Associazione delle cantine sociali venete*, T-103/99, pt 46; T.P.I.C.E., ordonnance du 5 septembre 2006, *Catherine O'Loughlin*, T-144/06, pt 15. Selon la doctrine, il n'est pas exclu qu'un recours en annulation soit néanmoins recevable à l'égard, par exemple, d'une décision d'irrecevabilité (Voy. A. TSAPIRAS, *o.c.*, p. 854), la Cour de justice a en revanche accepté que *la responsabilité de la Communauté* soit engagée pour une faute commise par le médiateur dans le cadre de sa mission (C.J.C.E., arrêt du 23 mars 2004, *Médiateur européen c. Frank Lamberts*, C-234/02P, pt 43 et s.). La Cour a notamment souligné que le contrôle du Parlement sur l'activité du médiateur ne s'apparente pas à un contrôle juridictionnel et qu'un contrôle juridictionnel sur l'activité du médiateur ne remet pas en cause son indépendance *étant entendu que sa responsabilité personnelle n'est pas engagée*. La Cour relève encore que le médiateur n'est tenu qu'à une obligation de moyens et qu'il bénéficie d'une marge d'appréciation étendue (pt 50). Aussi, «il ne peut être reproché au médiateur de ne pas avoir correctement rempli la mission qui lui est confiée au seul motif qu'il a conclu à l'impossibilité de trouver une solution donnant satisfaction au plaignant (pt 82). «Même si le contrôle du juge communautaire doit [...] être limité, il ne saurait être exclu que, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, un citoyen puisse démontrer que le médiateur a commis une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire dans l'exercice de ses fonctions de nature à causer un préjudice au citoyen concerné» (pt 52).



L'article 6 du décret wallon du 22 décembre 1994 dispose également que seul le statut pécuniaire des conseillers à la Cour des comptes est transposable au médiateur de la Région wallonne. L'article 7, alinéa 2, du même décret énonce cependant que le médiateur «ne peut être relevé de sa charge, en raison d'actes qu'il accomplit dans le cadre de ses fonctions. Il jouit d'une *immunité spéciale* dans l'expression d'avis ou d'opinions qu'il émet dans le cadre de ses fonctions». Quelle portée concéder à une telle disposition?

A supposer que cette «immunité spéciale» renvoie à un régime de responsabilité civile dérogatoire au droit commun (154), encore faudrait-il se demander quelles règles particulières il convient d'appliquer au médiateur wallon (155) et, plus fondamentalement, s'il appartient bien au législateur décréteur de réglementer la matière de la responsabilité civile des organes de la puissance publique, laquelle est généralement perçue comme une compétence résiduaire du ressort de l'Etat fédéral (156).

(154) Telle n'est pas la conclusion à laquelle on aboutit si on lit cette disposition en regard du décret de la Communauté française du 20 août 2002 qui est fortement inspiré par les dispositions du décret wallon. En effet, le législateur de la Communauté française précise, à l'article 11 de son décret, que «dans la limite de ses attributions, le médiateur ne reçoit d'instruction d'aucune autorité. A ce titre, *il ne peut être relevé de sa charge à raison des opinions qu'il émet ou d'actes qu'il accomplit dans le cadre de l'exercice de ses fonctions*». Or, si l'article 7, alinéa 2, première phrase, du décret wallon vise expressément l'interdiction faite à l'assemblée de révoquer le médiateur, ce n'est qu'en raison des *actes* — et non également des opinions — qu'il accomplit dans l'exercice de ces fonctions. Il n'est donc pas impossible que la seconde phrase de l'article 7, alinéa 2, du décret wallon reproduise, en d'autres termes et pour ce qui concerne les *opinions* émises par le médiateur wallon dans l'exercice de ses fonctions, la règle fixée à l'égard *des actes* que celui-ci pose dans le cadre de sa mission par la première phrase de l'article 7, alinéa 2. Dans ce cas, «l'immunité spéciale» dont il est question dans le décret de la Région wallonne concernerait, non pas le régime de responsabilité civile du médiateur, mais celui de sa responsabilité disciplinaire ou politique, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles celui-ci peut être démis de ses fonctions par l'assemblée parlementaire qui l'a nommé.

(155) S'agit-il du régime prévu aux articles 1140 et suivants du Code judiciaire, de l'immunité parlementaire — à laquelle fait songer le libellé de l'article 7, alinéa 2 — ou d'un régime tout à fait novateur?

(156) On peut d'ailleurs relever à cet égard que la loi du 10 février 2003 règle la question de la responsabilité civile des membres du personnel au service de toutes les personnes publiques, sans préjudice, il est vrai, d'autres lois ou décrets qui régissent cette question pour certaines catégories de membres du personnel des personnes publiques (art. 8). Voy. encore l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat à cet égard (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2001-2002, Doc. 50-1736/1, p. 31).



b) *Un recours juridictionnel contre la décision prise à la suite de la médiation?*

60. — Même lorsque le médiateur arrive à la conclusion que l'autorité administrative devrait revoir sa décision initiale, en raison de son illégalité ou de son manque d'opportunité, la loi n'impose pas à l'administration de se ranger à son avis. Deux cas de figure peuvent donc se présenter en pratique : soit l'administration reprend un acte administratif; soit elle demeure silencieuse.

61. — Dans une première hypothèse, l'administration revoit sa décision à la suite de la médiation. Soit elle s'aligne complètement sur la position du médiateur, soit elle prend ses distances tant par rapport à sa position initiale que par rapport au résultat de la médiation.

Dans ces deux cas, un nouvel acte administratif est adopté. Il est, en principe, justiciable du Conseil d'Etat (157). L'œuvre médiatrice ne confère aucun brevet de légalité à l'acte administratif qui se soumettrait à la recommandation du médiateur (158). Lors de la confection de sa nouvelle décision,

(157) L'autorité pourrait toutefois se contenter de reprendre une décision strictement identique à la première. Dans ce cas, le risque est que cette seconde décision soit regardée comme un acte purement confirmatif, non justiciable du Conseil d'Etat. A cet égard, voy. l'arrêt du 5 juin 2008 du T.P.I.C.E (T-141/05, *Internationaler Hilfsfonds*) qui considère que l'adoption par la Commission d'une décision identique à la première décision, après l'intervention infructueuse du médiateur, peut être considérée comme un acte purement confirmatif dès lors qu'il appert que la Commission n'a pas pris en compte les conclusions du médiateur et que ses recommandations ne constituent pas un élément nouveau. Le Tribunal et la Cour de justice avaient déjà établi, dans des arrêts antérieurs, que la décision du Médiateur ne constituait pas un élément nouveau lorsque celui-ci considérait que l'institution concernée n'avait pas commis un acte de mauvaise administration (T.P.I.C.E, ordonnance du 15 octobre 2003, *Internationaler Hilfsfonds*, T-321/01; C.J.C.E., ordonnance du 7 décembre 2004, *Internationaler Hilfsfonds*, C-521/03P). Le Tribunal de première instance estime cependant que «on ne saurait en déduire, par un raisonnement a contrario, que lorsque le Médiateur adopte une décision constatant un cas de mauvaise administration, cette décision constitue un élément nouveau. En effet, un tel raisonnement reviendrait à admettre qu'un requérant, qui n'a pas introduit dans les délais impartis un recours en annulation contre une décision initiale, pourrait alors, par la simple saisine du Médiateur, et pour autant que ce dernier constate un cas de mauvaise administration, parvenir à contourner lesdits délais» (pt. 86). La jurisprudence du Conseil d'Etat peut paraître moins sévère en la matière (voy. P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 628-629).

(158) Pareille interprétation irait d'ailleurs à l'encontre du droit reconnu, par l'article 6 de la Convention, à l'intervention d'un tribunal indépendant et impartial pour juger de toute contestation sur des droits et obligations de caractère civil ainsi que de toute accusation pénale, le juge ne pouvant amputer son propre pouvoir d'appréciation (S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 366). *Adde* C.J.C.E., arrêt *Kominou et autres c. Commission* du 25 octobre 2007, C-167/06P, pt 44 : «les conclusions du Médiateur en tant que telles



l'autorité administrative veillera dès lors à respecter plus particulièrement deux prescriptions essentielles.

L'acte fraîchement adopté doit tout d'abord être correctement motivé d'un point de vue matériel. Le revirement de l'administration doit être justifié en fait et en droit. Plus encore, s'il s'agit d'un acte unilatéral à portée individuelle susceptible de créer des effets de droit, cette justification doit, en principe, apparaître dans l'acte en cause. Lorsque l'administration s'aligne sur la position du médiateur, seules les exigences de la motivation par renvoi seront à respecter (159). Lorsque, en revanche, elle prend ses distances avec la recommandation du médiateur, l'autorité administrative devra expliquer expressément les raisons de son choix.

Outre l'obligation de motiver le nouvel acte administratif adopté, il convient encore de veiller à ce que l'autorité administrative ne remette pas indûment en cause la sécurité juridique à laquelle ont droit les administrés. A ce propos, il y a lieu de distinguer la raison pour laquelle l'autorité administrative décide de revoir sa position originaire.

S'il s'agit d'un problème de *légalité* de l'acte, l'autorité administrative a, non seulement le droit, mais aussi le devoir d'abroger celui-ci, avec effet rétroactif, ou en d'autres termes, de procéder à son retrait. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (160), elle n'est toutefois habilitée à le faire, à l'égard d'un acte créateur de droits (161), que dans le délai de soixante jours utile à l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat (162). Au-delà, le principe de sécurité juridique

ne lie pas le juge communautaire. Elles ne peuvent constituer qu'un simple indice de la violation, par l'institution concernée, du principe de bonne administration. En effet, la procédure devant le Médiateur, lequel n'a pas le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, est une voie alternative extrajudiciaire pour les citoyens de l'Union à celle du recours devant le juge communautaire, qui répond à des critères spécifiques et n'a pas nécessairement le même objectif que celui d'un recours en justice».

(159) D'où l'importance d'une motivation correcte de la recommandation du médiateur, même si elle n'est pas, en tant que telle, un acte administratif justiciable du Conseil d'Etat.

(160) Pour la Cour de cassation, le retrait peut avoir lieu sans limite dans le temps.

(161) A notre estime, il n'y a pas lieu de faire une distinction supplémentaire selon que l'acte a une portée réglementaire ou individuelle (voy. D. RENDERS, *La consolidation...*, o.c., p. 61; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, pp. 237-238).

(162) Compte tenu de la suspension de la médiation au cours de la procédure devant le Conseil d'Etat, il n'est guère envisageable que l'administration, à la suite de cette médiation, retire son acte au cours de la procédure pendante devant le Conseil d'Etat, comme le lui permet, sous certaines conditions, la théorie du retrait.



doit l'emporter sur le principe de légalité. Tout retrait devient impossible (163). Plus encore, sans préjudice de la théorie de l'acte contraire, l'abrogation — *ex nunc* — d'un acte unilatéral illégal, mais créateur de droits, ne saurait intervenir au-delà du délai de soixante jours concédé pour attaquer cet acte devant le Conseil d'Etat (164). En revanche, lorsque l'acte illégal ne crée aucun droit dans le chef du réclamant ou d'un tiers (165), l'autorité administrative a l'obligation de le retirer, sans contrainte temporelle (166).

Si l'autorité administrative décide de revenir sur sa position initiale uniquement en raison de son manque *d'opportunité*, il ne saurait être question, lorsque l'acte est créateur de droit, de procéder à son retrait (167). Il ne peut pas davantage être procédé à son abrogation, sauf application de la théorie de l'acte contraire (168). En revanche, il est loisible à l'autorité administrative de revenir, pour des motifs de pure opportunité, sur l'adoption d'un acte non créateur de droits, à condition toutefois, de respecter les exigences essentielles de la sécurité juridique (169).

62. — Dans une seconde hypothèse, l'autorité administrative marque, par son mutisme, sa désapprobation quant au résultat de la médiation. Aucun nouvel acte administratif n'est adopté et il y a fort à parier que le délai de rigueur pour contester l'acte initial devant le Conseil d'Etat soit échu. L'administré ne peut plus s'adresser au juge administratif; l'article 14, §3, des lois coordonnées est impuissant en l'espèce.

(163) Sauf si l'acte est réputé inexistant, est le résultat de manœuvres frauduleuses ou si la loi l'autorise expressément.

(164) Sauf si l'acte est réputé inexistant, est le résultat de manœuvres frauduleuses ou si la loi l'autorise expressément.

(165) Sont considérés comme des actes non créateurs de droit, les décisions de refus, les sanctions disciplinaires,...

(166) M. LEROY, *o.c.*, pp. 431 et 442.

(167) A moins que la loi n'autorise expressément pareil retrait.

(168) M. LEROY, *o.c.*, p. 432.

(169) Voy. à cet égard C.E., arrêt du 19 mars 2001, *Vervliet*, n° 94.090, 2.5.2. : «Si le statut des fonctionnaires peut toujours être modifié, même dans un sens défavorable à l'agent, lorsque l'intérêt du service le commande, l'autorité doit néanmoins agir prudemment en n'intervenant pas de façon inopinée dans une situation existante, sauf en cas de motifs graves et sérieux». Voy. également C.E., arrêt du 16 décembre 1980, *Coppejans*, n° 20.809. Pour P. GOFFAUX, «les actes non créateurs de droit peuvent être retirés sans conditions de délai, et ce, tant pour des motifs de légalité que d'opportunité» (*o.c.*, p. 241).



Il n'y a en effet aucune obligation pour l'autorité administrative de répondre à la recommandation faite par le médiateur ou, si elle existe, cette obligation est sanctionnée d'une manière particulière par le législateur.

L'administré est donc dépourvu de tout moyen de contester juridiquement la décision initiale, sauf à se prévaloir de la violation par l'administration d'un de ses droits subjectifs et à saisir le juge civil de pareil litige, fort, le cas échéant, de la recommandation faite par le médiateur.

On pourrait songer à instaurer, de manière générale, l'obligation pour l'autorité administrative de prendre position dans un certain délai lorsqu'une recommandation de l'ombudsman lui parvient. A défaut pour elle de s'exécuter, l'article 14, §3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat trouverait pleinement à s'appliquer, sauf la volonté du législateur de sanctionner d'une autre manière une telle abstention (170).

II. — LA MÉDIATION PROCESSUELLE

63. — A l'issue de l'analyse consacrée à l'ombudsman, l'on ne saurait occulter le constat suivant lequel une telle institution — si généreuse soit-elle dans le champ de l'organisation administrative — ne correspond pas, trait pour trait, au concept de « médiation » tel qu'il a été défini au seuil de la contribution.

64. — Peut-on ainsi affirmer que l'ombudsman répond aux exigences de neutralité, d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent d'ordinaire au médiateur ?

(170) A cet égard, on relèvera, outre la sanction assez symbolique de la publication de la recommandation en souffrance prévue par les décrets wallons et de la Communauté française, le système mis sur pied par les articles 43*bis*, §5, et 43*ter*, §6, de la loi du 21 mars 1991. L'opérateur concerné dispose d'un délai de 20 jours ouvrables pour motiver sa décision au cas où elle ne suivrait pas la recommandation du service de médiation. A défaut, le service de médiation renvoie un rappel à l'entreprise concernée. Celle-ci dispose à nouveau d'un délai de 20 jours pour motiver sa décision. Si elle ne respecte toujours pas ce délai, l'entreprise s'engage implicitement à exécuter la recommandation pour ce qui est de l'intervention spécifique et personnelle au plaignant concerné (art. 43*bis*, §5) ou pour ce qui est du dédommagement spécifique et personnel au plaignant concerné (art. 43*ter*, §6). Il s'agit donc de l'effet inverse que celui qu'attache l'article 14, §3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat au silence de l'administration. Le silence est interprété comme une décision implicite d'accueil.



Tel n'est assurément pas le cas de l'ombudsman — ou, plus généralement, du service de médiation — institué au sein d'une autorité administrative, en vue de résoudre un différend qui oppose le citoyen à cette autorité (171).

Sans doute, la question se discute-t-elle davantage si l'on a égard au médiateur désigné par une assemblée législative. Celui-ci ressortit, en effet, à un autre pouvoir que celui dont l'action est au fondement du litige qui appelle une médiation, encore qu'il corresponde, dans la plupart des cas, à la même personne juridique que l'autorité administrative qui est partie à la médiation.

Le doute s'installe cependant si l'on observe que le médiateur est désigné pour un temps déterminé — en général six ans (172) — et qu'il est révocable par l'assemblée «pour des motifs graves» (173) ou pour cause «d'évaluation négative à mi-mandat» (174).

Il y a, en toute hypothèse, que l'ombudsman n'est pas choisi par les différentes parties en cause.

Dans ce contexte organisationnel, est-il déraisonnable d'imaginer que le citoyen nourrisse la crainte que le médiateur ne soit pas neutre? À tout le moins, le citoyen ne pourrait-il pas légitimement, au gré des circonstances, mettre en doute l'impartialité objective de l'ombudsman?

65. — Au-delà des questions de neutralité, d'indépendance et d'impartialité, l'ombudsman peut — mais n'est pas tenu — de réunir les parties autour de la table, en vue de nouer le dialogue entre elles. Il peut, comme on l'a vu, se limiter à l'exa-

(171) L'on songe notamment au médiateur de la S.N.C.B. ou au Service Médiation Pensions. L'on peut également songer au médiateur communal institué dans le cadre du dispositif relatif aux sanctions administratives. L'article 119^{ter} de la Nouvelle loi communale — disposition fédérale — n'interdit pas que le médiateur en cause fasse, lui aussi, partie de l'administration. Tel est, du reste, le plus souvent le cas en pratique. Il advient même que le médiateur en cause soit, par ailleurs, le fonctionnaire sanctionnateur, ce qui paraît radicalement heurter l'esprit du texte, spécialement si l'on observe que, quel que soit le résultat de la médiation, une amende administrative peut néanmoins être prononcée.

(172) Voy. not. l'art. 3 de la loi du 22 mars 1995 «instituant des médiateurs fédéraux»,

(173) Voy. l'art. 6 de la loi du 22 mars 1995 «instituant des médiateurs fédéraux»; égal. l'art. 8, §1^{er}, alinéa 2, 2^o, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002 «portant création du service du médiateur de la Communauté française».

(174) Voy. l'art. 8, §1^{er}, alinéa 2, 2^o, du décret de la Communauté française du 20 juin 2002 «portant création du service du médiateur de la Communauté française».



men sur dossier de la réclamation (175). Dans ce contexte, l'on peut se demander s'il est pleinement en mesure de jouer le rôle de médiateur qui ne consiste pas à suggérer lui-même une solution, mais à « amener les parties à concilier leur point de vue, à dégager leurs intérêts profonds et réels, à imaginer, elles-mêmes, le plus grand nombre de solutions possibles à leur différend, avant de dégager celle qui permettra à chacun d'obtenir la solution la plus avantageuse pour lui » (176).

L'on peut encore s'interroger sur le point de savoir si l'ombudsman constitue un mode réellement « alternatif » de résolution des conflits, au sens où la voie juridictionnelle demeurerait toujours ouverte.

Il y a, d'une part, que le recours au médiateur n'empêche pas les délais de recours administratifs organisés et les délais de recours juridictionnels de courir. Aucun citoyen dûment avisé ne saurait, dans ces conditions, prendre le risque de renoncer au recours qui lui est offert, sous peine — en cas de médiation infructueuse — de ne plus disposer d'aucun moyen de faire prévaloir ses intérêts. Mais la médiation — et le dialogue respectueux qu'elle induit — débute-t-elle sur des bases constructives si, en vue de sauvegarder ses intérêts à titre conservatoire, un recours administratif ou juridictionnel est introduit, qui trahit une méfiance certaine dans le chef du citoyen ?

Il y a, d'autre part, que l'introduction d'un recours administratif organisé ou d'un recours juridictionnel peut, le cas échéant, avoir pour effet de suspendre la saisine du médiateur jusqu'au moment où l'autorité administrative ou juridictionnelle est dessaisie. Si l'on sait qu'un recours en annulation introduit aujourd'hui devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est généralement traité dans un délai allant de quatre à huit ans, l'on peut se demander si la médiation est susceptible de revêtir une quelconque utilité, elle dont les bienfaits ne sont jamais aussi généreux que si elle conduit à dégager une solution rapide (177).

(175) Cfr. *supra* : n° 35.

(176) B. et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 266. Dans le même sens, voy. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 300.

(177) Voy. not. *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2003-2004, 327/1, p. 3.



66. — L'on ne peut, dans ces conditions, que regretter l'option prise (178) par les auteurs de la loi du 21 février 2005 (179), qui a consacré l'instrument de la médiation au sein du Code judiciaire, d'avoir exclu de son champ d'application «les personnes morales de droit public» (180). Selon les termes de l'article 1724 du Code, seule une «loi» ou un «arrêté royal délibéré en Conseil des ministres» pourraient, demain, conduire ces «personnes» à intégrer le processus de médiation, dans les «cas» prévus par ces textes (181).

De toute évidence, les auteurs de la loi du 21 février 2005 se sont voulus prudents à l'égard du secteur public. C'est, tout au moins, ce que donnent à penser les travaux préparatoires ayant abouti à l'adoption de la loi (182).

67. — Le constat selon lequel les personnes morales de droit public sont, pour l'heure, exclues du champ d'application de la médiation instituée par le Code judiciaire conduit à devoir se poser trois questions. Dans quelle mesure le Code judiciaire peut-il régulièrement subordonner à l'adoption d'une loi ou d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres l'applicabilité du régime de médiation qu'il institue (A)? Dans quelle mesure les règles de médiation instituée par le Code judiciaire sont-elles transposables à la médiation qui impliquerait une personne morale de droit public (B)? Dans quelle mesure la médiation pourrait-elle s'appliquer aux personnes morales de droit public, sans que les règles contenues dans le Code judiciaire leur soient formellement applicables (C)?

A. — *La médiation en droit public*
ressortit-elle à la compétence de l'autorité fédérale?

68. — L'article 1724, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que «Les personnes morales de droit public peuvent être parties à une médiation dans les cas prévus par la loi ou par

(178) Voy., en ce sens, P. VAN LEYNSEELE, «La structure de la loi du 21 février 2005 sur la médiation», in G. DE LEVAL et consorts, *La nouvelle loi sur la médiation, Actes du colloque du CEPANI du 21 avril 2005*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 35-36.

(179) Loi du 21 février 2005 «modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation», *Mon. b.* du 22 mars 2005 (éd. 2).

(180) Art. 1724, alinéa 2, du Code judiciaire.

(181) Art. 1724, alinéa 2, du Code judiciaire.

(182) Voy., en particulier, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, n° 3-781/7, p. 33.



arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres». Les termes de la disposition sont sans équivoque : en termes de répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, il appartiendrait à l'autorité fédérale de décider que quelque autorité publique que ce soit peut — ou non — pratiquer la médiation au sens du Code judiciaire. Pour autant, l'affirmation législative ainsi posée est-elle de nature à respecter les règles répartitrices de compétences consacrées par la Constitution et les lois spéciales et ordinaires de réformes institutionnelles prises en vertu de celle-ci ?

69. — L'on présente généralement la médiation comme étant l'un des instruments destinés à permettre à l'administration de mieux administrer, autrement dit de satisfaire plus adéquatement l'intérêt général (183). Les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 22 mars 1995 «instaurant des médiateurs fédéraux» précisent ainsi : «L'institution du médiateur s'inscrit dans un plan d'action visant à imposer une réorientation fondamentale de la relation entre le citoyen et l'administration, tant sur le plan du service au public que sur le plan de la démocratie» (184). Ils ajoutent que «les mesures envisagées doivent mener à une administration plus accessible et plus conviviale, assurer la transparence et rompre la méfiance et l'incompréhension du citoyen envers une autorité qu'il est difficile de cerner» (185).

70. — Dans ce contexte, l'on peut se demander en quoi la médiation ne constituerait pas un accessoire mis à la disposition des différentes administrations que compte l'Etat belge, dont *l'organisation et le fonctionnement* ressortissent à chacune des collectivités — fédérale et fédérées —, selon le vœu de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles» (186). C'est, à notre estime, dans cette même

(183) Voy., en ce sens, F. DELPEREE, «Administration et médiation», *A.P.T.*, 1982, pp. 219-220; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 204 et s.

(184) *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1436/1, p. 1.

(185) *Ibidem.*

(186) L'article 87, §1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose ce qui suit : «(...) chaque Gouvernement dispose en propre d'une administration, d'institutions et d'un personnel». L'article 87, §2, dispose, pour sa part, ce qui suit : «(...) les communautés et les régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire (...)».



perspective que peuvent être institués, à chaque niveau de pouvoir, des recours administratifs organisés, en vue de permettre au citoyen de contester la décision prise par l'administration.

71. — L'on peut aussi raisonner en termes de *compétences* confiées à chacune des collectivités précitées. Dans cette perspective, il s'agirait d'observer que la médiation ne constitue pas un chef de compétence expressément attribué à un niveau de pouvoir, mais d'une compétence résiduelle ressortissant à l'autorité fédérale, aux termes de l'article 35 de la Constitution tel qu'il est en vigueur à l'heure actuelle (187).

En ce sens, la médiation se rapprocherait notamment de la mesure de police administrative générale qui, étant considérée comme une compétence à part entière, mais non explicitement dévolue à l'autorité fédérale, aux communautés ou aux régions, est attribuée à l'autorité fédérale au titre du résidu de compétence (188).

72. — Toujours en termes de *compétence*, l'on pourrait encore considérer que la médiation ne constitue pas une compétence à part entière, mais un instrument conféré aux diffé-

(187) L'article 35 de la Constitution dispose ce qui suit : «L'autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même (alinéa 1^{er}). Les communautés ou les régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à l'article 4, dernier alinéa (alinéa 2)». Il est pourvu d'une disposition transitoire, aux termes de laquelle il est prévu que «La loi visée à l'alinéa 2 détermine la date à laquelle le présent article entre en vigueur. Cette date ne peut pas être antérieure à la date d'entrée en vigueur du nouvel article à insérer au titre III de la Constitution, déterminant les compétences exclusives de l'autorité fédérale». Les conditions prévues par la disposition transitoire de l'article 35 n'étant, pour l'heure, pas réunies, les matières résiduelles continuent de ressortir à la compétence de l'autorité fédérale. Sur les matières résiduelles, voy. not. R. ANDERSEN, «Les compétences», in F. DELPEREE et consorts, *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 159-163; égal. F. DELPEREE, in F. DELPEREE (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 228-233; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1999, pp. 242 à 249 et la jurisprudence citée; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 586-587; Ch.-H. BORN, «Article 35» in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri-Essai, 2004, pp. 129-131.

(188) Voy., en ce sens, M. QUINTIN, «La police administrative générale et les sanctions administratives», *A.P.T.*, 2002, pp. 207-212; égal. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 2 décembre 2002 rendu sur l'avant-projet de décret de la Région wallonne «modifiant le Code wallon du logement et l'article 174 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine», *Doc. parl.*, Parl. wal., sess. ord. 2002-2003, n° 472/1, p. 54.



rentes collectivités, en vue d'exercer les compétences qui leur sont dévolues.

Ainsi, la médiation se rapprocherait-elle de la mesure de police administrative spéciale (189) ou de la sanction administrative (190) qui, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, peuvent être instituées, par chaque collectivité, dans le cadre de l'exercice des compétences qui leur sont reconnues.

73. — L'on doit cependant relever que la médiation peut notamment être entamée sous l'impulsion d'un juge et que le résultat de celle-ci, pour revêtir la force d'une décision de justice, doit être homologuée par une juridiction. Dans cette double perspective, l'on peut se demander si la médiation ne concerne pas la justice qui, quant à elle, ressortit, de toute évidence, à la compétence de l'autorité fédérale (191).

De même, la médiation est susceptible de mettre en cause l'autonomie de la volonté consacrée à l'article 1134 du Code civil (192). Or, il n'est pas contesté que, pour l'heure, le droit civil ressortit à la compétence de l'autorité fédérale (193).

74. — Appréhendée en termes de répartition des compétences fédérales, communautaires ou régionales, la médiation ne saurait, par ailleurs, être envisagée sans avoir égard à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles». Ce dernier consacre, comme on le sait, ce qu'il est convenu d'appeler les «pouvoirs implicites». Aux ter-

(189) Voy., en ce sens, C. const., arrêt n° 49 du 10 mars 1988; égal. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 12 février 2003 rendu sur un avant-projet de loi «modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse et modifiant la Nouvelle loi communale», de même que sur un avant-projet de loi modifiant la Nouvelle loi communale, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2366/1 et 2367/1, p. 19; D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE et F. PIRET, «Le régime juridique de la sanction administrative», in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS, *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 157.

(190) Voy., en ce sens, D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE et F. PIRET, «Le régime juridique de la sanction administrative», *ibidem*, pp. 158-162; en ce sens, voy. not. C. const., arrêt n° 18/95 du 2 mars 1995; égal. C. const., arrêt n° 127/2000 du 6 décembre 2000.

(191) Voy. not. les art. 144, 145 et 146 de la Constitution; égal. D. RENDERS, «Le sens de la réforme», in F. DELPEREE, *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001 — La réforme de la Saint-Polycarpe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 88.

(192) En ce sens, voy. not. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, p. 301.

(193) Voy. not. C. const., arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.11; égal. C. const., arrêt n° 61/2004 du 31 mars 2004; C. const., n° 87/2006 du 24 mai 2006.



mes de cette disposition (194) — et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui l'accompagne (195) —, les régions et les communautés peuvent régler des questions pour lesquelles elles ne sont pas compétentes, dans la mesure où la règle adoptée est «nécessaire à l'exercice de la compétence», où la matière «se prête à un règlement différencié» et où l'impact sur celle-ci n'est que «marginal» (196).

75. — Comment déterminer, compte tenu des multiples approches et éléments de réflexion qui ont été présentés, à qui revient le pouvoir de régler la médiation ?

Il n'est pas certain que l'autorité fédérale soit compétente pour décider que toutes «les personnes morales de droit public», quel que soit le niveau de pouvoir auquel elles ressortissent, ont — ou non — le droit de pratiquer la médiation, au sens du Code judiciaire. D'autres que nous se sont, du reste, déjà interrogés à ce sujet (197).

Pour ce qui concerne l'intervention du juge au stade de l'initiative de la médiation et de l'homologation du résultat de la médiation par la voie d'une décision de justice, l'on peut considérer que la matière est fédérale, au titre de ce qu'elle fait partie de la justice, compétence fédérale, on l'a vu. Dans le même sens, les conditions d'octroi de l'agrément des médiateurs doivent, elles aussi, être réglées par le législateur fédéral,

(194) L'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose ce qui suit : «Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Conseils ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence».

(195) Voy., à cet égard, C. const., arrêt n° 44 du 23 décembre 1987 et la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle depuis cet arrêt.

(196) Sur les pouvoirs implicites tels qu'établis avant la réforme institutionnelle de 1993, voy. not. Y. KREINS, «Les pouvoirs implicites au sens de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 — une erreur législative?», *J.T.*, 1985, p. 487; G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1989; B. HAUBERT, «Les pouvoirs implicites ou le creux de la réforme institutionnelle», *A.P.T.*, 1985, p. 290. Sur les pouvoirs implicites tels qu'établis après la réforme institutionnelle de 1993, voy. not. R. ANDERSEN, «Les compétences», in F. DELPEREE et consorts, *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, op. cit., pp. 157-158; D. DE BRUYN, «Les compétences implicites en matière d'organisation des juridictions», obs. sous C.A., arrêt n° 19/2001 du 14 février 2001 et n° 33/2001 du 13 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 4; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 277-278; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, «La motion de méfiance constructive communale : un acte justiciable du Conseil d'Etat», *J.T.*, 2006, p. 322.

(197) Voy., à cet égard, B. et L. CAMBIER, «Médiateurs...», op. cit., pp. 268-269.



au nom de ce que l'agrément en question constitue un accessoire de la médiation organisée par le Code judiciaire (198).

Par ailleurs, l'on serait enclins à penser que la médiation ne constitue pas une matière à part entière, qui entrerait dans le champ de l'article 35 de la Constitution, la création, de toute pièce, d'un chef de compétence dans le silence des textes étant particulièrement discutable, à notre estime, lorsqu'il est question d'un instrument plutôt que d'un domaine d'action.

L'on est davantage convaincu par l'analyse selon laquelle la médiation s'apparenterait à un instrument destiné à accompagner — voire à parfaire — l'exercice des compétences dévolues à chaque collectivité, encore que la médiation ne prête pas tant son concours à exercer telle ou telle compétence qu'à résoudre un différend résultant de l'exercice de celle-ci.

L'on se demande ainsi si — indépendamment des questions de droit judiciaire qui ressortissent à la compétence de l'autorité fédérale — la médiation ne constituerait pas un instrument de gestion administrative. En termes de répartitions des compétences, l'autorité fédérale serait alors compétente pour instituer la médiation à l'échelon fédéral. Les communautés seraient en mesure d'agir pour ce qui concerne l'administration communautaire. Enfin, les régions seraient compétentes pour instituer la médiation au profit des administrations régionales, de même qu'au profit des administrations provinciales et communales. Dans ce dernier cas, elles agiraient, en effet, au titre de l'organisation des pouvoirs subordonnés qui leur est confiée depuis la réforme de la Saint-Polycarpe (199).

76. — Au-delà du raisonnement qui vient d'être tenu, trois précédents importants paraissent plaider en faveur de l'analyse suivant laquelle — le droit judiciaire excepté — la médiation ressortirait à la compétence parallèle de l'autorité fédérale, des communautés et des régions au titre de l'organisation et du fonctionnement de l'administration que chaque niveau de pouvoir se voit confier pour ce qui le concerne et, dans le

(198) Voy., en ce sens, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat des 4 et 11 septembre 2000 relatif au projet de loi relative à la médiation en matière familiale, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1999-2000, n° 2-422/3.

(199) Voy. l'art. 6, §1^{er}, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles», *Mon. b.* du 15 août 1980.



cas des régions, pour ce qui concerne également les pouvoirs subordonnés.

Le *premier précédent*, c'est l'ombudsman. La Constitution et les lois spéciales et ordinaires de réformes institutionnelles ne confèrent pas un statut constitutionnel ou paraconstitutionnel à l'ombudsman et n'érigent pas cette institution en un chef de compétence à part entière. C'est dans cette mesure que l'autorité fédérale, les communautés et les régions ont pu, chacun pour ce qui le concerne, instituer un voire des ombudsmans (200). L'on n'a rien trouvé à y redire, dès lors que l'on a pu y voir une institution destinée à apaiser les différents entre des citoyens et une administration qui existe à chacun de ces niveaux de pouvoir. Pourquoi n'en irait-il pas de même s'agissant du médiateur?

Le *deuxième précédent* est celui — on l'a évoqué — du pouvoir dont dispose tant l'autorité fédérale que les régions et les communautés d'instituer, au sein de l'action administrative qui lui est propre, des recours administratifs organisés. Si l'institutionnalisation de tels recours est possible, c'est dans la stricte mesure où de tels recours sont intimement liés à l'action de l'administration, donc à son organisation et à son fonctionnement qui ressortissent à l'autorité fédérale, aux communautés et aux régions, sur le fondement de l'article 87 précité de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelle». La médiation et les recours administratifs organisés ne sont-ils pas voisins?

Le *troisième précédent* est relatif aux règles de motivation formelle des actes administratifs unilatéraux. La question s'est posée de savoir si la loi — fédérale — du 29 juillet 1991 «relative aux actes administratifs unilatéraux» (201) ne violait pas les règles répartitrices de compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, si elle devait être interprétée comme s'appliquant également aux actes administratifs unilatéraux des régions et des communautés.

Par un arrêt du 8 mai 2001, la Cour constitutionnelle juge que la loi en cause ne viole pas ces règles, au motif que cette

(200) Voy., à cet égard, P. LEWALLE, *Contentieux...*, o.c., pp. 203 et s.; Th. STIEVENARD, o.c., p. 94.

(201) *Mon. b.* du 12 septembre 1991.



loi doit être considérée comme le standard minimum applicable à l'ensemble des actes administratifs unilatéraux de portée individuelle. La compétence attribuée à l'autorité fédérale n'empêche pas chaque collectivité d'ajouter d'autres exigences en la matière, au titre de ce que la motivation formelle participe de l'organisation et du fonctionnement de l'administration, lesquelles ressortissent à chaque collectivité, fédérale et fédérée (202). La jurisprudence ainsi établie — en tant qu'elle reconnaît, au-delà du standard minimum, une compétence parallèle de l'autorité fédérale, des régions et des communautés — ne pourrait-elle pas être transposée au domaine de la médiation ?

77. — Si, comme on a tendance à le penser, la médiation correspond à une compétence parallèle entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, exclusion faite des questions qui touchent à la justice, lesquelles ressortissent à la compétence exclusive de l'autorité fédérale, l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles» — qui consacre l'existence des pouvoirs implicites — pourrait-il permettre aux communautés et aux régions de régler la médiation, en ce compris les questions de justice, au titre des «pouvoirs implicites» ?

78. — Le processus de médiation forme, à notre estime, un tout. Entre l'initiative du recours à la médiation, les conditions de mise en œuvre de la médiation, les pouvoirs dont est revêtu le médiateur et la valeur de l'accord issu de la médiation, il n'est pas nécessairement aisé de diviser le pouvoir normatif entre les différents niveaux de pouvoir en cause.

79. — La question de savoir si les conditions d'application du recours aux «pouvoirs implicites» seraient réunies en matière de médiation doit, à notre estime, être résolue de la façon suivante.

(202) C. const., arrêt n° 55/2001 du 8 mai 2001, B.5; égal. C. const., arrêt n° 128/2001 du 7 décembre 2001, B.18. Sur la question, voy. not. X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, «La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité», in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 7-15.



Que la médiation se prête à un «règlement différencié» de collectivité à collectivité ne fait guère de doute. Le Code judiciaire lui-même le démontre, lui qui organise la médiation dans certaines matières et non dans d'autres. Il s'agit — on le sait — des matières familiale, civile, commerciale et sociale (203).

L'atteinte portée aux compétences fédérales en matière de justice pourrait, par ailleurs, être jugée «marginale». Elle se limiterait en effet à fixer les modalités selon lesquelles le juge peut suggérer la médiation aux parties qui l'ont saisi, ainsi que les règles régissant l'homologation de l'accord issu de la médiation (204). Le raisonnement paraît d'autant plus défendable que l'homologation n'a pas, en tant que telle, à être réglementée, les règles qui président à une telle opération étant déjà définies dans le Code judiciaire, en sorte que l'appareil normatif communautaire ou régional n'aurait plus qu'à s'y accrocher (205).

L'on devrait enfin pouvoir juger «nécessaire» le recours aux «pouvoirs implicites», dès lors que la cohérence d'une législation s'en trouverait plus sûrement assurée, sans préjudice de l'existence d'un autre mécanisme — l'accord de coopération — qui, parce qu'impliquant la conjonction de plusieurs manifestations de volonté, n'empêche pas le recours aux «pouvoirs implicites» (206).

(203) Dans le même sens, voy. C.A., arrêt n° 49/2003 du 30 avril 2003; arrêt n° 154/2003, du 26 novembre 2003.

(204) À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a admis des dérogations «marginales». Voy. not. C. const., arrêt n° 83/97 du 17 décembre 1997, B.5.6 (sur une demande de suspension) et n° 95/98 du 16 septembre 1998, B.3.6 (sur un recours en annulation).

(205) Voy., à cet égard, C. const., arrêt 105/2000 du 25 octobre 2000, qui concerne la création de la Société wallonne du logement sous la forme d'une société anonyme. Le législateur wallon avait décidé de soumettre cette Société aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales — désormais le Code des sociétés —, à l'exception des articles de ces lois qu'il estimait incompatibles avec les règles qu'il avait lui-même adoptées. La Cour a considéré que, compte tenu des compétences qui sont les siennes en matière de logement et de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles», le législateur wallon pouvait créer une telle Société sans violer la compétence réservée de l'Etat fédéral en matière de droit des sociétés. Voy. également, en matière de justice, les arrêts n° 171/2003, du 17 décembre 2003; n° 154/2003, du 26 novembre 2003; n° 126/2003, du 1^{er} octobre 2003.

(206) La Cour a même été jusqu'à juger, sans avoir recours aux compétences implicites, que les dispositions décrétales imposant un pouvoir de contrôle sur les sociétés composées en partie par des personnes morales de droit public n'affectaient pas la compétence attribuée à l'autorité fédérale pour régler le droit des sociétés, dès lors qu'il s'agit de mesures conformes aux objectifs du décret qui astreignent les sociétés visées à des obli-



Si l'on part de ce dernier point de vue, l'on peut, à notre estime, considérer que l'exercice des «pouvoirs implicites» en matière de médiation peut s'avérer «nécessaire» pour assurer la cohérence dans une matière dont le noyau dur ressortit à la compétence de chaque collectivité, seule une question accessoire ressortissant à la compétence de l'autorité fédérale au titre de la justice.

80. — La médiation touche également, même si c'est de manière plus limitée encore à l'autonomie de la volonté consacrée, en termes de principe, par l'article 1134 du Code civil.

Eu égard à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de pouvoirs implicites appliqués dans le domaine du droit contractuel, il paraît difficile de contester que l'institutionnalisation d'un système complet de médiation par les régions et les communautés réunirait les différentes conditions indispensables à l'utilisation régulière de ces pouvoirs

La Cour constitutionnelle a, en effet, eu l'occasion de se prononcer à propos de dispositions qui portaient sur la possibilité de résilier des baux à ferme en cours, en vue de pouvoir utiliser, à des fins d'extraction, des parcelles situées dans une zone d'extraction. Sans autre précision, «la Cour constate qu'il est satisfait en l'espèce aux conditions requises pour l'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980», dès lors qu'«ainsi que l'exposent les travaux préparatoires du décret en cause, la réglementation a pu être jugée nécessaire, la matière se prête à une réglementation différenciée et l'incidence des dispositions en question sur la législation sur le bail à ferme est marginale» (207).

81. — Compte tenu des considérations qui précèdent, l'on estime pouvoir affirmer qu'au regard des règles répartitrices de compétences en vigueur aujourd'hui, l'autorité fédérale, les communautés et les régions pourraient instituer la médiation

gations en rapport avec ces objectifs (C. const., n° 81/97 du 17 décembre 1997, B.11.3). De même, elle a jugé qu'en créant un nouveau type de SCRL dont la réglementation diffère fondamentalement de celle contenue dans la législation sur les sociétés, tout en renvoyant pour le surplus à cette législation, les mesures en cause, prises par le législateur régional, «s'inscrivent dans le cadre de la compétence régionale de régler la coopération intercommunale et le souci du législateur d'édicter en la matière une règle *sui generis* la plus complète possible» (C. const., arrêt n° 65/2003 du 14 mai 2003, B.9.5).

(207) C. const., arrêt 87/2006 du 24 mai 2006.



comme instrument destiné à apaiser des conflits surgissant entre l'administration relevant de leur compétence et le citoyen. Même les questions de justice y relatives pourraient être traitées par les régions et les communautés au titre des «pouvoirs implicites», sans omettre le recours autorisé à l'accord de coopération, visé à l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980, qui implique, certes, la manifestation de plusieurs volontés.

A l'image de ce qui se passe en matière de motivation formelle des actes administratifs, l'on peut aussi plaider — ce qui paraît, de prime abord, plus sûr juridiquement — pour une législation cadre qui correspondrait aux articles 1724 et suivants du Code judiciaire, mais qui laisserait les régions et les communautés instituer le recours à la médiation dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues, au même titre que l'autorité fédérale peut s'y employer dans le cadre des compétences qui sont les siennes.

82. — Indépendamment de la question de savoir qui de l'autorité fédérale, des communautés et des régions est compétent pour autoriser une personne de droit public à pratiquer la médiation, la question se pose de savoir qui, du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, est compétent en la matière.

Il est, à cet égard, surprenant de constater que l'article 1724 du Code judiciaire confie indifféremment à la «loi» ou à «l'arrêté royal», «délibéré», pour le coup «en Conseil des ministres», le soin de définir les «cas» dans lesquels la médiation est ouverte à cette catégorie de personnes.

83. — Les travaux préparatoires à l'adoption de la disposition n'apportent guère d'explication au sujet de l'amendement du gouvernement qui a conduit à l'introduction de la formule (208), lequel n'a, semble-t-il, pas été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, quoi qu'il eût dû l'être (209).

(208) Seul Monsieur H. VANDENBERGHE, sénateur, s'interroge : «Quels cas vise-t-on ici et est-il bien légal d'autoriser les personnes morales de droit public à être partie à une médiation dans les cas visés par un arrêté royal?» (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, n° 3-781/7, p. 33). B. et L. CAMBIER questionnent dans le même sens («Médiateurs...», *op. cit.*, p. 267).

(209) Voy. l'art. 3 des lois «sur le Conseil d'État», coordonnées le 12 janvier 1973, *Mon. b.* du 21 mars 1973.



À s'en tenir aux termes du Code, l'on doit ainsi observer — en vue d'assigner au texte une cohérence qui, de prime abord, fait défaut —, que c'est, en principe, le législateur qui est chargé de définir les « cas » en cause, mais qu'une délégation de pouvoir est, d'ores et déjà, consentie au Roi, en vue de régler lui-même la question, s'il échet. Au cas où il est fait usage de la délégation, encore faut-il que la délibération en Conseil des ministres, formalité jugée d'ordre public (210), soit observée.

84. — La question rebondit. L'organisation de la médiation ressortit-elle à la compétence du pouvoir législatif?

85. — L'on pourrait considérer que, si la médiation correspond à un instrument destiné à ce que l'administration accomplisse sa mission, un tel instrument pourrait alors être institué par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif, selon les compétences attribuées à chacun de ces pouvoirs en termes d'organisation administrative.

À cet égard, l'on est tenu de rappeler que l'organisation de l'administration générale ressortit à la compétence du Roi ou, le cas échéant, du gouvernement communautaire ou régional (211). Seule l'organisation d'administrations spéciales — telles que la police ou l'armée — et d'administrations collatérales — telles que les services administratifs autonomes, les établissements publics et les associations de pouvoirs publics — est l'œuvre du pouvoir législatif (212). En ce sens, les recours administratifs organisés le sont par acte législatif ou administratif, selon le cas.

Il paraît toutefois inexact de considérer qu'au nom de ce qu'une collectivité dispose d'une administration, elle soit contrainte d'organiser la médiation au moyen de l'instrument juridique qui sert à organiser l'administration elle-même. C'est que la médiation constitue une modalité de l'autonomie de la volonté consacrée par l'article 1134 du Code civil. Par ailleurs,

(210) Voy. not. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 881.

(211) Voy., à cet égard, l'art. 107, alinéa 2, de la Constitution, à l'échelon fédéral; l'art. 87, §3, de la loi spéciale du 8 août 1980 «de réformes institutionnelles», à l'échelon régional et communautaire.

(212) Voy., à cet égard, C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 37 et s.



la médiation peut conduire à transiger, ce qui n'est autorisé que par l'intervention du législateur (213). Il y a encore que la médiation peut influencer sur l'exercice de droits et libertés fondamentaux consacrés dans la Constitution et placés sous le contrôle des différents pouvoirs législatifs. La médiation peut enfin aboutir à un résultat dont les termes sont, non seulement susceptibles de conduire à un contrat de transaction, mais aussi à une décision juridictionnelle d'homologation dont le cadre doit être établi par le pouvoir législatif, sinon fédéral, à tout le moins communautaire ou régional.

Ainsi paraît-il justifié de considérer que l'organisation de la médiation en droit public est l'œuvre du législateur. Pour autant, le Code judiciaire avait-il besoin de le spécifier, lui qui ne représente rien d'autre que la «loi»? Sans doute faut-il y voir l'engagement politique d'autoriser progressivement les personnes publiques à intégrer la médiation. Juridiquement, en effet, le législateur de 2005 n'a pas pu lier son successeur.

86. — Une seconde question apparaît. Le texte législatif — si l'on reprend les termes de l'article 1724 du Code judiciaire : la «loi» — peut-il opérer une délégation de pouvoir à l'égard du pouvoir exécutif? L'on sait, à cet égard, qu'il convient, en la matière, d'opérer une distinction entre les «matières réservées» et celles qui ne le sont pas, sachant que les «matières réservées» sont celles que la Constitution et les lois de réformes institutionnelles placent sous la protection particulière du législateur (214).

Les différents motifs qui ont conduit, il y a un instant, à considérer que le pouvoir législatif paraissait compétent pour instituer la médiation en droit public, conduisent à observer que certains textes confient au pouvoir législatif une compétence «réservée» — l'on songe aux droits et libertés (215) et à

(213) Voy., à cet égard, les articles 2044 et s. du Code civil.

(214) Voy., à cet égard, D. RENDERS, *La consolidation...o.c.*, p. 303; égal. F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage, op. cit.*, p. 83.

(215) Voy. not. les art. 10 et 11 — qui consacrent l'égalité et la non-discrimination —, 12 — qui consacre la liberté d'aller et de venir —, 16 — qui consacre le droit au respect de la propriété —, ou encore 32 — qui consacre le droit d'accès aux documents administratifs — de la Constitution.



la justice (216) —, d'autres pas — l'on pense à l'autonomie de la volonté (217) —.

Dans ces conditions, il paraît respectueux du système institué que la délégation de compétence au pouvoir exécutif soit reconnue aux conditions consacrées par la jurisprudence, dans le schéma le plus exigeant à l'égard de la délégation de compétence : celui dégagé dans le cadre des matières «réservées».

À cet égard, la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'Etat admettent «qu'il soit fait appel au pouvoir exécutif pour régler des questions particulières : il s'agit de celles qui se bornent à exécuter les principes dont la sélection préalable ressortit à la seule compétence du législateur» (218). La Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'Etat «vont jusqu'à permettre au pouvoir exécutif de fixer lui-même ces principes. C'est alors par le truchement des pouvoirs spéciaux dont le recours implique la réunion de conditions strictes et cumulatives. On se rappelle, à cet égard, que, dans le cadre des matières réservées, le respect de ces conditions suppose, outre le respect des conditions habituelles, celle de préciser, de façon renforcée, l'objet et le but des pouvoirs consentis, de même que celle de soumettre les mesures adoptées sur leur fondement à la prompte ratification du législateur» (219).

Eu égard aux éléments ainsi rappelés, il semble qu'en autorisant le Roi à définir, sans aucune autre précision, les «cas» dans lesquels une personne morale de droit public pourrait pratiquer la médiation, autrement dit en lui attribuant un pouvoir identique à celui du législateur, les conditions de la délégation de pouvoir dans le cadre des matières réservées ont été méconnues.

87. — L'on observe ainsi qu'à la question de savoir, si le Code judiciaire peut régulièrement subordonner à l'adoption d'une «loi» ou d'un «arrêté royal délibéré en Conseil des ministres» l'applicabilité, aux personnes morales de droit

(216) Voy. les art. 144, 145 et 146 de la Constitution.

(217) Compétence fédérale en matière civile.

(218) D. RENDERS, *La consolidation...*, o.c., p. 303.

(219) *Ibidem*, p. 303, et la jurisprudence citée.



public, du régime de médiation que le Code institue, la réponse compte de multiples réserves.

88. — Indépendamment des questions de compétences qui se posent en droit belge, il faut noter l'adoption, le 21 mai 2008, de la directive 2005/52/CE, par le Parlement européen et le Conseil, «sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale» (220).

Comme on le sait, les autorités publiques pratiquent, elles aussi, la matière «civile»: tel est notamment le cas dans le cadre de la conclusion et de l'exécution de certains contrats qu'elles sont appelés à conclure (221).

On pourrait alors soutenir que, pour le 21 mai 2011 au plus tard, date à laquelle la transposition de la directive en cause devra avoir été opérée, le droit belge devrait inclure les personnes morales de droit public dans le champ d'application de la médiation organisée par le Code judiciaire en ce qui concerne leurs litiges transfrontaliers relatifs aux matières civiles et commerciales, et ce même si la directive exclut expressément de son champ d'application la matière administrative (222).

(220) *J.O.U.E.* du 24 mai 2008.

(221) Il s'agit des contrats de l'administration et, même, des contrats administratifs dans la mesure où ils ne sont pas réglés par le droit public. Sur la différence entre contrats de l'administration et contrats administratifs, cfr. *infra* : n° 90.

(222) Le champs d'application de la Convention de Bruxelles «concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale» — désormais remplacée par le règlement «Bruxelles I» — excluait également de son champ d'application les matières administratives. Ceci n'a pas empêché la Cour de justice d'estimer que la simple circonstance qu'une autorité publique soit partie à un litige ne suffit pas à exclure ce contentieux du champ d'application de la Convention. Tel n'est le cas que lorsque le rapport juridique en cause est marqué par une manifestation de puissance publique de la part de l'autorité, se matérialisant par l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers (voy. récemment, C.J.C.E., 15 mai 2003, *Tiard*, C-266/01, pts. 22 et 30). La Cour de Luxembourg a par ailleurs donné une interprétation encore plus large à la notion de «matières civiles» utilisée par le règlement n° 2201/2003 «relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale» (règlement Bruxelles II), matières qui entrent également dans le champ d'application de la directive 2008/52 (voy. son 20^{ème} considérant). En effet, relève de la notion de «matières civiles» un décision qui ordonne la prise en charge immédiate et le placement d'un enfant en dehors de son foyer d'origine même lorsque cette décision a été adoptée dans le cadre des règles de droit public relatives à la protection de l'enfance et qu'elle constitue une manifestation de puissance publique (C.J.C.E. (g.c.), 27 novembre 2007, *C.*, C-435/06, pts. 41 et s.). Sur cette question, voy. en particulier Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, «La directive du 21 mai 2008 “sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale” et sa transposition en droit belge», *R.E.D.C.*, 2009, pp. 532 et s.



Plus encore, même avant l'échéance du délai de transposition, l'État devrait s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive en question (223).

B. — *B. La médiation en droit public
s'accommode-t-elle des règles
établies par le Code judiciaire?*

89. — Indépendamment de la question abordée jusqu'ici, il n'est pas inutile de savoir dans quelle mesure les règles de médiation instituée par le Code judiciaire sont transposables à la médiation qui impliquerait une personne morale de droit public.

L'on observe, à cet égard, que plusieurs questions sont réglées par le Code judiciaire qui, toutes, doivent conduire à vérifier si les règles applicables en droit public n'empêcheraient pas de les transposer à une médiation à laquelle prendrait part au moins une personne morale de droit public.

90. — L'article 1725 du Code judiciaire dispose que «Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter» (224).

La clause contractuelle de médiation pourrait-elle intégrer les dispositions d'un contrat auquel une personne morale de droit public est partie?

L'on sait qu'en droit administratif belge, il existe deux catégories de contrats : les contrats de l'administration et les contrats administratifs.

Le contrat de l'administration est un contrat usuel dont la seule spécificité est qu'une personne de droit public au moins constitue l'un des cocontractants. Ainsi, la personne publique se conduit-elle, sur toute la durée du contrat, comme un particulier. L'on ne voit, dès lors, pas en quoi une clause de

(223) C.J.C.E., arrêt *Inter-Environnement Wallonie* du 18 décembre 1997, C-129/96.

(224) Art. 1725, §1^{er}, du Code judiciaire.



médiation ne pourrait pas être prévue dans le cadre d'un tel contrat.

Pour sa part, le contrat administratif correspond à un contrat régi, lui aussi, par les règles de droit privé, à ceci près que des règles de droit public, plus ou moins nombreuses, y dérogent. Dans le respect de ces règles dérogatoires — notamment la loi du changement et la loi de continuité —, le contrat peut, à notre estime, contenir une clause de médiation de la nature de celle suggérée par l'article 1725.

91. — L'article 1726 du Code judiciaire dispose que «peuvent être agréés par la Commission» compétente les médiateurs qui possèdent, «par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend», qui justifient, «selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation», qui présentent «les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation», qui n'ont pas «fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé» et qui n'ont pas «encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé», ni «fait l'objet de retrait d'agrément» (225). S'ajoute à ces conditions, celle de se soumettre «à une formation continue dont le programme est agréé par la commission» compétente (226).

L'on ne voit pas en quoi les conditions imposées en matière familiale, civile et commerciale ou sociale ne devraient pas valoir en droit public. L'on ne voit pas davantage en quoi ces conditions ne seraient pas transposables dans une telle matière.

92. — L'article 1727 du Code judiciaire institue «une commission fédérale de médiation, composée d'une commission générale et de commissions spéciales» (227).

En vue d'étendre la médiation au droit public, la composition de la commission générale mériterait d'être adaptée afin

(225) Art. 1726, §1^{er}, du Code judiciaire.

(226) Art. 1726, §2, du Code judiciaire.

(227) Art. 1727, §1^{er}, du Code judiciaire.



d'accroître le nombre de membres effectifs et suppléants pour assurer la «représentation équilibrée des domaines d'intervention» recherchée par l'article 1727, §2, alinéa 2, du Code.

En termes de compétences, la commission générale a notamment pour mission de «dresser et diffuser la liste des médiateurs auprès des cours et tribunaux» (228). Dès lors qu'on sait que les cours et tribunaux ne sont pas seuls compétents pour exercer le contrôle juridictionnel de l'action administrative, la commission pourrait utilement exercer la mission en cause à l'égard de l'ensemble des juridictions administratives, et notamment de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Quant aux commissions spéciales, pour l'heure au nombre de trois, elles devraient, dans le schéma actuel, passer à quatre. À côté de la commission «en matière familiale», de la commission «en matière civile et commerciale» et de la commission «en matière sociale» devrait figurer une commission en matière publique. S'agissant de sa composition, la commission en matière publique pourrait être composée de la même manière que ses homologues, à l'exclusion éventuelle des notaires dont la présence ne s'impose pas nécessairement dans une commission de droit public.

93. — L'article 1728 du Code judiciaire garantit, en substance, la confidentialité des documents et autres communications faites au cours de la médiation, sous peine d'avoir à payer des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi des suites de la divulgation (229). La disposition ajoute que «L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation» (230). Elle autorise encore le médiateur à entendre «les tiers qui y consentent» et «à recourir aux services d'un expert» (231).

(228) Art. 1727, §6, 6^e, du Code judiciaire.

(229) Art. 1728, §1^{er}, du Code judiciaire.

(230) Art. 1728, §1^{er}, du Code judiciaire.

(231) Art. 1728, §2, du Code judiciaire.



Pour sa part, l'article 1729 précise que «Chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice».

Ces dispositions paraissent pouvoir être transposées, sans réserve, en droit public.

94. — Aux termes de l'article 1730 du Code judiciaire, «Toute partie peut proposer aux autres parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire, de recourir au processus de médiation. Les parties désignent le médiateur de commun accord ou chargent un tiers de cette désignation» (232).

L'article 1730 ajoute que «Si la proposition est adressée par envoi recommandé et qu'elle contient la réclamation d'un droit, elle est assimilée à la mise en demeure visée à l'article 1153 du Code civil» (233). Il précise encore que «dans les mêmes conditions [que celles évoquées au paragraphe 2], la proposition suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois» (234).

95. — En vue d'organiser la médiation proposée par l'une des parties, l'article 1731 dispose, de son côté, que «Les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus» (235). Il ajoute notamment que «Cette convention est consignée par écrit dans un protocole de médiation signé par les parties et par le médiateur», dans le respect d'un certain nombre de modalités (236).

L'article 1731 prévoit, par ailleurs, que «La signature du protocole suspend le cours de la prescription» (237) et que «la suspension de la prescription prend fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation» (238).

(232) Art. 1730, §1^{er}, du Code judiciaire.

(233) Art. 1730, §2, du Code judiciaire.

(234) Art. 1730, §3, du Code judiciaire.

(235) Art. 1731, §1^{er}, du Code judiciaire.

(236) *Ibidem*.

(237) Art. 1731, §3, du Code judiciaire.

(238) Art. 1731, §4, du Code judiciaire.



96. — Dans le contexte défini par les articles 1730 et 1731, une question ne manque pas de retenir l'attention. Le contentieux porté devant les cours et tribunaux correspond, pour l'essentiel, au contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics. L'on conçoit, sous cet angle, que la suspension du délai de prescription de l'action judiciaire — qui est généralement quinquennale — puisse être opérée (239).

La difficulté naît si l'on transpose la règle aux contentieux de l'annulation et de la suspension confiés au Conseil d'Etat. Peut-on admettre que le délai de recours — qui, au Conseil d'Etat, est de soixante jours — soit suspendu et que l'expiration de ce délai soit, dès lors, différé ?

Si la loi le prévoit, l'on ne voit pas ce qui empêcherait une telle solution d'émerger. Encore faut-il préciser, alors, que le délai en cause ne serait suspendu qu'à l'égard des parties qui ont signé le protocole de médiation. Toute autre personne qui estimerait que l'acte administratif unilatéral qui constitue l'objet de la médiation lui cause grief, serait tenu d'introduire le recours dans le délai de soixante jours computé selon les modalités définies dans les lois coordonnées «sur le Conseil d'Etat» et dans l'arrêté du Régent qui en procure exécution (240).

La solution ainsi dégagée emporterait des conséquences en termes de sécurité juridique. En effet, les différents destinataires de l'acte administratif unilatéral ne disposeraient pas d'un délai correspondant aux «mêmes» soixante jours. L'on note cependant que le contentieux administratif porté devant le Conseil d'Etat connaît déjà de telles computations de délai à géométrie variable.

97. — S'il apparaîtrait que le résultat de la médiation est nul, dès lors qu'il aboutit à une transaction sur une question

(239) Voy. not. les articles 2262 et ss. du Code civil, ainsi que l'article 100 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 «portant coordination des lois sur la comptabilité de l'Etat», *Mon. b.* du 21 août 1991. Sur les délais de prescription en droit public, voy. not. M. KAISER, «La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics : un domaine en pleine mutation», *A.P.T.*, 2005, pp. 119-162.

(240) Voy. les art. 14 et 17 des lois «sur le Conseil d'Etat», coordonnées le 12 janvier 1973 ; égal. l'art. 4 de l'A. Rég. du 23 août 1948 «déterminant la procédure devant la section du Contentieux administratif du Conseil d'Etat», *Mon. b.* des 23-24 août 1948. Pour un commentaire de l'importante réforme intervenue en 2006-2007, voy. D. RENDERS (coord.), «La réforme du Conseil d'Etat», *A.P.T.*, n° spécial, 2006, pp. 169-278.



d'ordre public par exemple, doit-on considérer que le délai de prescription de l'action juridictionnelle est rétrospectivement réputé échu pour les parties à la médiation ou que le délai de recours est demeuré suspendu durant le temps de la médiation ?

À notre estime, c'est à cette dernière solution qu'il convient de se rallier. Il y a, d'une part, que les parties peuvent, de bonne foi, aboutir à un résultat qui porte atteinte à l'ordre public. Il y a, d'autre part, que l'une des parties, seule, pourrait être consciente d'aboutir à un résultat non conforme à l'ordre public, tandis que l'autre — qui serait, par hypothèse, la partie requérante devant le Conseil d'Etat —, en ignorerait tout.

98. — Plus fondamentalement, peut-on réellement concevoir que la médiation soit pratiquée au sujet d'un litige qui devrait être porté devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, autrement dit d'un litige qui, par hypothèse, ne porterait pas sur des droits subjectifs de caractère civil ? (241)

La réponse paraît affirmative.

Aux termes des articles 144 et 145 de la Constitution, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont exclusivement compétents pour connaître des litiges portant sur des droits subjectifs de caractère civil et compétents, sauf si la loi en dispose autrement, pour connaître des litiges portant sur des droits subjectifs de caractère politique. L'idée suivant laquelle la médiation ne saurait être pratiquée qu'à l'égard de litiges portant sur des droits subjectifs, parce qu'elle constituerait un mode alternatif de résolution des conflits par les juridictions judiciaires, conduit, à elle seule, à devoir constater que la médiation n'est pas exclusivement conçue pour porter sur des droits civils, mais qu'elle peut également concerner des droits de nature politique.

(241) La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est une juridiction qui n'appartient pas à l'ordre des juridictions judiciaires. Or, en vertu de l'article 144 de la Constitution, seules les juridictions judiciaires sont autorisées à trancher des contestations portant sur des droits subjectifs de caractère civil. Dès lors, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ne saurait connaître de tels litiges, sans violer la Constitution.



L'on ajoute qu'indirectement, le Conseil d'Etat connaît, dans nombre de cas, de litiges portant sur des droits subjectifs de nature civile, nonobstant les termes de l'article 144 de la Constitution. C'est qu'en vertu de la théorie de l'objet véritable du litige, l'on peut appréhender un grand nombre de litiges qui naissent de l'adoption d'un acte administratif unilatéral sous l'angle du contentieux objectif ou sous l'angle du contentieux subjectif. Dans le premier cas, il s'agit, tout en démontrant l'existence d'un intérêt à la demande, de solliciter le nettoyage de l'ordonnancement juridique, en présentant les critiques de régularité qui seraient de nature à entacher d'irrégularité l'acte en cause. Dans le second cas, il s'agit de démontrer en quoi l'acte administratif en cause a heurté l'une au moins des prérogatives que confère, au citoyen, les règles de droit (242).

Il nous paraît ainsi qu'un litige qui devrait être porté devant le Conseil d'Etat peut faire l'objet d'une médiation, non seulement parce que les droits subjectifs de nature politique ne sont pas exclus de la médiation, mais que, dans un grand nombre de litiges portés devant le Conseil d'Etat, des droits subjectifs de nature civile sont en jeu.

99. — La question se pose encore de savoir dans quelle mesure les articles 1732 et 1733 du Code judiciaire sont transposables en droit public.

L'article 1732 dispose que «Lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par elles et le médiateur» (243). Il ajoute que, «le cas échéant, il est fait mention de l'agrément du médiateur» (244). Il précise encore que l'écrit «contient les engagements précis pris par chacune d'elles» (245).

(242) Sur la théorie de l'objet véritable du recours, voy. not. B. et L. CAMBIER, «Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 47-66; B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, «Cohérence et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours», in H. DUMONT, P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 19-66; D. RENDERS, «La réforme du Conseil d'Etat de Belgique», *A.J.D.A.*, 2008, spéc. p. 228.

(243) Art. 1732, alinéa 1^{er}, première phrase, du Code judiciaire.

(244) Art. 1732, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code judiciaire.

(245) Art. 1732, alinéa 2, du Code judiciaire.



Pour sa part, l'article 1733 dispose qu'«en cas d'accord, et si le médiateur qui a mené la médiation est agréé», «les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732 pour homologation au juge compétent» (246). Il ajoute que «Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs» (247). Il précise encore que «L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement (...)» (248).

Il apparaît ainsi que, dans les matières familiale, civile, commerciale et sociale, la médiation peut porter sur n'importe quel objet. Toutefois, l'accord obtenu à l'issue de la médiation ne peut être homologué par le juge, s'il porte atteinte à l'ordre public ou s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant mineur en matière familiale.

En droit public, l'on peut, à notre estime, également concevoir que toute médiation porte sur un objet d'ordre public, tant que les termes de l'accord ne sont pas contraires à l'ordre public (249). Tel serait le cas si la personne de droit public qui est partie à la médiation acceptait de transiger, autrement dit de renoncer à un droit ou à une prérogative qui lui est attribuée et qui, par hypothèse, serait protégé au nom de l'ordre public.

Ainsi, si l'autorité acceptait, à l'égard d'un secteur professionnel déterminé, de ne pas modifier les règles applicables dans ce secteur pendant un temps donné, l'accord de médiation qui contiendrait un tel engagement, par ailleurs «précis» (250), serait contraire à l'ordre public (251). Dès lors,

(246) Art. 1733, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

(247) Art. 1733, alinéa 2, du Code judiciaire.

(248) Art. 1733, alinéa 3, du Code judiciaire.

(249) En ce sens, voy. not. la déclaration de Madame L. ONKELINX, Ministre de la Justice : «Si une administration conclut, à l'issue d'une médiation, un accord contraire à l'ordre public, le juge refusera de l'homologuer» (*Doc. parl.*, sess. ord. 2004-2005, n° 3-781/7, p. 32); égal. G. DE LEVAL, *op. cit.*, pp. 57 à 60 (L'auteur précise, à juste titre, que «l'appréciation de l'ordre public est une appréciation concrète en ce sens que c'est moins la règle abstraite que le résultat concret de son application qui doit être confrontée aux exigences de l'ordre public»); B. et L. CAMBIER, «Médiateurs...», *op. cit.*, p. 261.

(250) Art. 1732, alinéa 2, du Code judiciaire.

(251) Une telle convention devrait dès lors être frappée de nullité absolue (En ce sens, voy. D. DEOM, «Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats Public-Privé' (P.P.P.)» in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruges, la Chartre, 2005, pp. 216-217.



en effet, que l'autorité publique est tenue de satisfaire l'intérêt général, elle ne saurait transiger sur la loi du changement qui constitue l'un des instruments juridiques au moyen duquel elle est en mesure de satisfaire cet intérêt (252). L'on conçoit, de ce fait, que le juge ne puisse homologuer un tel accord, de la même manière qu'il y est tenu dans les autres matières, à ceci près que le droit public compte sans doute un plus grand nombre de règles d'ordre public.

100. — L'on est toutefois interpellé par l'existence, en droit public, de concessions opérées sur un objet d'ordre public ou sur un bien du domaine public et qui concourent à la satisfaction de l'intérêt général.

La «concession de service public» est un contrat administratif par lequel une autorité concédante — l'autorité administrative — charge un particulier — personne physique ou morale — ou une autre personne publique — de gérer un service public à ses frais, risques et périls, selon les modalités fixées par l'autorité concédante, et moyennant le paiement d'une rémunération perçue par le concessionnaire, laquelle est à charge des usagers du service (253).

La «concession domaniale» est, pour sa part, un contrat administratif par lequel l'autorité administrative concédante permet à un usager déterminé, soit d'occuper temporairement une parcelle du domaine public de manière exclusive, soit d'utiliser le domaine public à des fins auxquelles il n'est pas immédiatement destiné, de manière durable, mais de façon précaire et révocable, et moyennant le paiement d'une redevance (254).

(252) Voy. not. J. JAUMOTTE, «Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative», in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 635 et 636, et la jurisprudence citée; Ph. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2002, p. 86; égal. P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 170, v^o «Mutabilité (loi de la)». Pour une illustration jurisprudentielle, voy. C.E., arrêt *Van Raemdonck*, n^o 107.005 du 27 mai 2002.

(253) Sur la concession de service public, voy. not. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 1137-1147; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 64, v^o «concession de service public». L'on observe notamment que, par un arrêt du 12 mars 2003, la Cour constitutionnelle a indirectement reconnu le droit de consentir un bail emphytéotique sur un bien du domaine public, par ailleurs assujéti à une concession de service public (C. const., arrêt n^o 32/2003 du 12 mars 2003).

(254) Sur la concession domaniale et, de façon plus générale, les formes d'utilisation privative du domaine public, voy. not. D. LAGASSE, «La gestion active du domaine public», *A.P.T.*, 2003, pp. 87-111; J. DE STAERCKE, «Het decreet betreffende publiek-pri-



L'existence de telles concessions ne témoigne-t-elle pas de ce que l'autorité publique serait autorisée à transiger, même à titre précaire et révocable *ad nutum*, sur certains objets d'ordre public, moyennant le paiement d'une indemnité en cas de changement d'attitude de sa part ? Pour reprendre l'exemple qui vient d'être évoqué, l'autorité administrative ne pourrait-elle pas s'engager à ne pas modifier les règles applicables dans un secteur professionnel déterminé, pendant un temps donné, sauf à indemniser le secteur en cause (255) ?

Il nous paraît que, si des tempéraments ont pu être consacrés dans le domaine des concessions de service public et dans celui des concessions domaniales, rien n'interdit, en soi, d'imaginer que l'accord issu de la médiation conduise l'autorité publique à s'engager, de manière précaire et révocable, à propos d'un objet qui ressortit à l'ordre public.

Bien sûr, il ne s'agirait pas d'une « transaction », laquelle — au sens civil du terme — éteint définitivement toute prétention quelconque relative à l'objet du contrat de transaction (256). Mais, ainsi qu'on l'a relevé, la médiation ne conduit pas nécessairement à un accord dont les termes correspondent à ceux de la transaction (257). C'est le motif pour lequel on pourrait parfaitement imaginer l'existence d'un accord de médiation portant sur un objet d'ordre public qui, en quelque sorte, « dérangerait l'ordre public », sans le méconnaître. Dans une telle hypothèse, l'homologation du juge — qu'il s'agisse

vate samenwerking», *T.B.O.*, 2003, pp. 140-155; E. GILLET, «La privatisation de la gestion de l'espace public — Le cas du stationnement payant», *Rev. dr. comm.*, 2004, pp. 53-57; A. THIRY, R. LION et B. LOMBAERT, «Les communes et les partenariats public-privé (PPP)», *Mouv. comm.*, 2004, pp. 310-317; S. VAN GARSSE, «De contractuele ingebruikname van het openbaar domein», *Huur*, 2004, pp. 126-132; A. CRAEYBECKX, «De overdracht en de terbeschikkingstelling van domeinconcessies in de haven van Antwerpen», *C.D.P.K.*, 2004, pp. 18-51; P. BOUCQUEY et V. OST, «La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé», in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.)*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 265-312. L'on observe notamment que, par un arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation a reconnu le droit de consentir un droit de superficie sur le domaine public (Cass., 18 mai 2007, *Rev. not. bel.*, 2007, p. 631 et obs. D. LAGASSE, «Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? »).

(255) A ce sujet, voy. les réflexions de D. DEOM, «Les instruments...», *o.c.*, pp. 177-178.

(256) Voy., à cet égard, l'art. 2052 du Code civil qui dispose : «Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion».

(257) Cfr. *supra* : n° 99.



du juge judiciaire ou du juge administratif — pourrait, à notre estime, se concevoir.

101. — Pour autant que de besoin, l'on précise — dès lors que le Code judiciaire ne s'y emploie pas explicitement — que l'accord issu de la médiation ne saurait, même dépourvu d'homologation, être contraire à l'ordre public et, en matière familiale, à l'intérêt de l'enfant mineur. Il en résulte que l'accord qui, par hypothèse, ne serait pas soumis à l'homologation du juge doit — si les parties veulent éviter toute contestation qui serait fatale aux termes de l'accord —, se contenter de déranger l'ordre public de manière précaire et révocable, sans y porter atteinte.

102. — Dans le cadre des engagements pris réciproquement, une autre question essentielle ne manque pas de se poser. Il s'agit de savoir qui est habilité à représenter l'autorité publique dans le cadre de la médiation.

L'on connaît la règle selon laquelle, en droit public, les pouvoirs sont d'attribution (258). Une autorité publique ne peut ainsi engager valablement la personne morale de droit public qu'elle représente, que dans les limites des pouvoirs que le texte lui confie (259).

Le principe «pas de compétence sans texte» peut cependant paraître, «dans certaines circonstances, exagérément contraignant. Il peut conduire une autorité administrative à se voir attribuer tant de compétences que, si cette autorité devait seule les assumer, elle en deviendrait littéralement paralysée» (260).

Cette réalité a conduit la jurisprudence à assouplir le principe et à permettre la mise en œuvre de délégations, notamment de délégations de pouvoir, autorisées sous conditions.

(258) L'article 33 de la Constitution dispose, en effet : «Tous les pouvoirs émanent de la Nation (al. 1^{er}). Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution» (al. 2).

(259) Voy., sur cette question, D. RENDERS, «La théorie du mandat apparent à l'épreuve de la Constitution», in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, op. cit., pp. 1321-1332.

(260) D. RENDERS, *Droit administratif*, t. II, Louvain-la-Neuve, Maison du Droit de Louvain, 2007-2008, p. 42.



Dès lors qu'il doit s'agir d'un mécanisme exceptionnel — le principe de l'attribution des pouvoirs étant la règle —, l'on considère que la délégation ne saurait être générale, mais ne peut porter que sur des mesures d'«exécution» ou de «détail» (261), que la délégation suppose un texte écrit (262), précis (263) et publié (264), que son caractère rétroactif viderait de toute substance (265) et qu'elle doit être temporaire, dès lors que l'autorité délégante doit être en mesure d'en recouvrer l'usage à tout moment (266).

Si l'on applique les préceptes évoqués à la médiation, il apparaît que c'est à l'autorité publique compétente que revient le pouvoir de participer à la médiation et, le cas échéant, de conclure un accord au terme de celle-ci.

L'on imagine toutefois difficilement comment une autorité collégiale — comme un gouvernement régional ou communautaire, ou comme un conseil ou un collège communal — pourrait adéquatement s'inscrire dans un tel processus. Même certaines autorités personnelles — telles qu'un ministre ou un bourgmestre — peuvent difficilement mobiliser le temps nécessaire à la mise en œuvre d'un tel processus.

L'on pressent, dès lors, que la délégation de pouvoir peut trouver, dans ce champ particulier, un terrain de prédilection.

103. — Benoît et Luc CAMBIER suggèrent que l'ombudsman pourrait constituer le délégué de l'autorité publique dans le processus de médiation (267). A notre estime, cette solution ne va pas sans soulever certaines difficultés.

L'on peut tout d'abord craindre qu'en endossant cette nouvelle responsabilité, l'ombudsman se place dans une situation

(261) Voy. not. P. LEWALLE, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 865.

(262) Voy. not. J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 414.

(263) Une délégation imprécise est illégale (voy. not. C.E., arrêt *Robert*, n° 64.806 du 26 février 1997).

(264) J. SALMON, *Le Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 413; égal. P. LEWALLE, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 865.

(265) En ce sens, voy. J.-J. ISRAEL, *La régularisation administrative en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 90; égal. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral, op. cit.*, pp. 66-67.

(266) Cass., 4 mai 1920, *Rev. adm.*, 1920, p. 320; égal. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 345; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 383.

(267) Voy., B. et L. CAMBIER, «Médiateurs...», *op. cit.*, p. 270.



de conflit d'intérêts qui l'empêche d'exercer correctement sa mission de « médiation institutionnelle ».

A supposer qu'une telle difficulté puisse être résolue, encore faudrait-il, selon nous, opérer une distinction entre deux catégories d'ombudsmans. Que l'ombudsman de la S.N.C.B. ou le Service de médiation Pensions représentent, en médiation, l'entité publique dont ils ressortissent ne pose guère de difficulté en termes de séparation des pouvoirs. Il n'en va pas de même du médiateur parlementaire qui, pour sa part, ne correspond pas nécessairement à la même personnalité juridique que celles à l'égard desquelles il est appelé à exercer sa fonction. Et, lorsque la correspondance est au rendez-vous, l'on s'interroge sur le point de savoir comment l'ombudsman — qui dépend organiquement du pouvoir législatif — pourrait valablement engager le pouvoir exécutif, sans méconnaître la Constitution.

A supposer que cette difficulté puisse, elle aussi, être surmontée, la délégation consentie à l'ombudsman ne saurait lui permettre de bénéficier d'un mandat général, sans méconnaître l'article 33 de la Constitution qui garantit le principe d'attribution des compétences. Le système le plus respectueux du droit, mais aussi le plus souple serait, à cet égard d'accorder au délégué que constituerait l'ombudsman le pouvoir de représenter l'autorité en médiation et de s'engager à défendre l'accord en projet devant l'autorité (268).

104. — L'examen des dispositions consacrées par le Code judiciaire à la médiation conduit enfin à évoquer les articles 1734 à 1737 qui organisent la manière dont le juge peut, soit d'initiative, soit à la demande des parties, ordonner qu'il soit procédé à une médiation.

L'article 1734 dispose notamment que « le juge déjà saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en

(268) Voy., à cet égard, B. et L. CAMBIER, « Médiateurs... », *op. cit.*, p. 270. Les auteurs comparent, sur ce plan, le rôle que jouerait le délégué de l'autorité publique en médiation avec celui de l'avocat. Ils affirment « Après tout, quand des avocats négocient entre eux les termes de ce qu'ils espèrent être un bon accord, ils n'engagent généralement pas leurs clients mais ils s'engagent souvent à défendre cette solution auprès de celui-ci (*ibidem*). »



délibéré» (269). Ce sont «les parties» qui «s'accordent sur le nom du médiateur», lequel «doit», dans ce cas de figure, être «agréé». L'article 1734 prévoit toutefois que «Par dérogation à l'alinéa précédent, les parties peuvent, conjointement et de manière motivée, demander au juge qu'il désigne un médiateur non agréé», dans le respect de certaines conditions (270).

L'article 1735 établit, pour sa part, les modalités selon lesquelles le médiateur est averti de sa désignation en qualité de médiateur judiciaire (271), ainsi que de l'objet de la médiation qu'il est tenu de mettre en œuvre (272).

De son côté, l'article 1736 rappelle le principe suivant lequel «Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs» (273).

Quant à l'article 1737, il dispose que «La décision ordonnant, prolongeant ou mettant fin à la médiation n'est pas susceptible de recours».

Sous la réserve des observations qui ont déjà été émises, il nous paraît que les dispositions en cause sont pleinement transposables en droit public.

105. — L'on observe ainsi qu'indépendamment de la question de savoir qui de l'Etat fédéral, des régions ou des communautés, est compétent pour instituer la médiation en droit public (274), le régime juridique de la médiation consacré aux articles 1724 et suivants du Code judiciaire ne contient aucune disposition dont la substance serait rétive à une extension à ce domaine spécifique du droit.

(269) Art. 1734, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

(270) Art. 1734, §1^{er}, alinéa 2, du Code judiciaire.

(271) Art. 1735, §1^{er}, du Code judiciaire.

(272) Art. 1735, §2, du Code judiciaire.

(273) Art. 1736, alinéa 4, du Code judiciaire.

(274) Cfr. *supra* : n° 68 à 81.



C. — *La médiation en droit public
peut-elle être pratiquée en marge des règles
du Code judiciaire?*

106. — Dès lors que les personnes morales de droit public sont exclues de la médiation instituée par le Code judiciaire, l'on peut se demander si elles ne pourraient pas prendre part à une médiation organisée en marge des règles établies par le Code.

À la lecture des travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de la loi du 21 février 2005, l'on s'aperçoit que rien n'empêche la personne morale de droit public de pratiquer une médiation inorganisée (275).

Pour l'essentiel, la médiation inorganisée présente les mêmes avantages que la médiation instituée par le Code judiciaire. Il s'agit, en effet, ici encore, de réunir les parties au litige en vue de les amener «à concilier leurs points de vue, à dégager leurs intérêts profonds et réels, à imaginer, elles-mêmes, le plus grand nombre de solutions possibles à leur différend, avant de dégager celle qui permettra à chacun d'obtenir la solution la plus avantageuse pour lui» (276).

107. — Différentes garanties qui entourent la médiation instituée par le Code judiciaire ne sauraient toutefois, sans dispositif législatif, entourer la médiation pratiquée en marge du Code judiciaire.

108. — La *première garantie* tient à la circonstance que le médiateur désigné peut être un médiateur agréé.

L'intérêt d'avoir affaire à un médiateur agréé peut paraître limité. À notre estime, cet intérêt n'est pas mince, dès lors qu'être en mesure de créer un climat de confiance entre les parties et de conduire au dialogue entre elles est le fruit d'un

(275) Madame L. ONKELINX, Ministre de la Justice, déclare, à juste titre : «La médiation est un processus purement volontaire. Le projet vise à créer un corps de règles minimum qu'il sera demandé aux parties de suivre si elles souhaitent, in fine, aboutir à un accord qui pourra faire l'objet d'une homologation. Pour le surplus, les parties sont libres de s'écarter des règles proposées dans le projet (...)» (*Doc. parl.*, sess. ord. 2004-2005, n° 3-781/7, p. 33). Elle déclare également : «(...) il n'est pas possible d'empêcher les parties en conflit de se mettre autour de la table et, assistées par un tiers, de discuter librement dans le but de trouver une solution à leur litige» (*ibidem*); en ce sens, P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, pp. 27-28.

(276) B. et L. CAMBIER, «Médiateurs...», *op. cit.*, p. 266.



savoir-faire. Au surplus, le Code judiciaire exige que le médiateur, pour être agréé, présente «les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation» (277), que ne possède pas, ou, à tout le moins, pas complètement, l'ombudsman.

109. — La *deuxième garantie* offerte par le Code judiciaire tient au caractère confidentiel que revêtent les «documents» et «communications» relatifs à une médiation, «l'obligation de secret ne pouvant» — on l'a souligné — «être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation» (278).

La garantie ainsi offerte n'est toutefois pas décisive, dès lors que nombre de professionnels pourraient s'improviser médiateurs et, dans l'exercice de la profession qui est la leur, tomberaient sous le coup de l'article 458 du Code pénal, relatif au respect du secret professionnel (279).

L'on ajoute qu'en toute hypothèse, une clause contractuelle établie dans le protocole de médiation suffirait à contraindre le médiateur de se tenir à la confidentialité des informations afférentes à la médiation.

110. — Une *troisième garantie* tient à la circonstance que le délai de prescription de l'action relative au litige en cause est suspendu durant le temps de la médiation.

La modalité est capitale : elle permet aux parties de se donner le temps de trouver la solution adéquate qui implique sinon du temps, à tout le moins la sérénité.

En droit public, une telle modalité est même décisive : dès lors que le délai de recours à la section du contentieux administratif est forelos au bout de soixante jours, il est nombre d'hypothèses dans lesquelles le processus de médiation ne saurait matériellement aboutir.

Ainsi, si la médiation pratiquée en marge du Code judiciaire peut se concevoir en droit public, c'est — en pratique — pour autant que l'objet du litige ne naisse pas de l'adoption d'un

(277) Art. 1726, §1^{er}, 3^o, du Code judiciaire.

(278) Art. 1728, §1^{er}, du Code judiciaire.

(279) L'on sait, à cet égard, que le champ d'application *ratione personae* est particulièrement large (voy., en ce sens, Cass., 20 février 1905, *Pas.*, 1905, p. 141).



acte administratif unilatéral ou que la médiation puisse aboutir dans le temps qui sépare l'adoption de cet acte de l'expiration du délai de recours y relatif.

111. — Une *quatrième garantie* tient, enfin, à la circonstance que l'accord issu de la médiation peut, selon le Code judiciaire, être homologué par un juge. Il est même précisé que «l'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire». Cette précision revêt une importance majeure : l'accord acquiert, par le fait de l'homologation, la force exécutoire. Une telle force ne saurait assurément être reconnue à l'accord issu d'une médiation pratiquée en dehors des prévisions du Code judiciaire.

Avec Benoît et Luc CAMBIER, l'on se demande toutefois si, au terme d'une procédure prétendument litigieuse, l'accord issu d'une médiation organisée en marge du Code judiciaire ne pourrait pas être coulé dans une décision de justice qui, par essence, disposerait des effets que le Code judiciaire reconnaît au jugement, notamment la force exécutoire (280).

Certains auteurs préconisent, eux aussi, cette façon de procéder et ne voient rien à y redire (281). D'autres, en revanche, considèrent qu'au nom de l'«intérêt né et actuel» dont doit disposer toute partie au procès — et qui ferait défaut en l'espèce, eu égard à la circonstance qu'il n'y aurait pas de litige —, une procédure *pro forma* ne saurait être organisée (282).

En toute hypothèse, une autre opération peut conduire à la solution recherchée. Elle consiste à faire approuver l'accord issu de la médiation par acte notarié. Comme on le sait, l'acte notarié confère, lui aussi, au créancier un titre exécutoire et a ainsi pour effet de permettre l'obtention d'un résultat en tous points comparable à celui que procure l'homologation (283).

112. — A supposer que l'accord issu de la médiation ne soit pas homologué — voire coulé dans un jugement ou acté par

(280) Voy., à cet égard, B. et L. CAMBIER, «Médiateurs...», *op. cit.*, p. 275.

(281) Voy., à cet égard, G. DE LEVAL, «Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire, *ibidem*, spéc. pp. 62; V. D'HUART, *Modes alternatifs de règlement des conflits*, CUP, décembre 2002, vol. 59, pp. 41 et 42; *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-781/5, pp. 14-15; B. et L. CAMBIER, «Médiateur...», *op. cit.*, p. 275.

(282) Voy., à cet égard, P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, p. 301.

(283) G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 62.



un notaire —, l'on peut légitimement s'interroger sur la valeur de l'accord conclu. À notre estime, il s'agit d'un contrat dont les termes devront être respectés, sous peine de donner lieu à un nouveau litige qui pourra être déféré au juge compétent.

La circonstance que l'un des cocontractants soit une personne morale de droit public ne modifie pas les termes du raisonnement. Le contrat étant de nature à créer des droits subjectifs de nature civile (284), les cours et tribunaux seraient seuls en droit d'en connaître, en vertu de l'article 144 de la Constitution.

*

* *

113. — L'on aurait pu croire, de prime abord, que la médiation et le droit public étaient réfractaires l'un à l'autre. À l'arrivée, le constat est tout autre : le droit public constitue la seule branche du droit qui offre l'existence de deux ordres de médiation.

L'on reconnaît que le premier ordre de médiation — qu'incarne l'ombudsman — se situe en décalage de la médiation entendue au sens pur du terme : il ne présente pas nécessairement la neutralité, l'indépendance et l'impartialité requises. Il n'est pas contraint de faire en sorte que le dialogue se noue entre les parties. Par ailleurs, sa mission peut à tout moment — voire doit à certains moments — cesser, l'administration ou la justice étant saisie du litige qui a suscité l'intervention de l'ombudsman.

Pour autant, l'on a pu observer à quel point le service que l'ombudsman est amené à rendre, en raison de la connaissance qu'il possède de l'administration et des missions proactives qu'il peut ainsi mener, peut, dans certains cas, s'avérer incomparablement précieux.

Le second ordre de médiation — qu'incarne le médiateur — est, pour sa part, en tous points identique à celui que l'on peut rencontrer dans les autres champs du droit.

L'on doit toutefois reconnaître que le médiateur, parce qu'il ne peut mener une mission proactive, ne peut faire davantage

(284) Voy. not. C.E., arrêt *Debeuckelaere*, n° 137.412 du 22 novembre 2004.



qu'amener les parties à gagner la confiance l'une de l'autre, en vue de conduire au dialogue d'où naîtra l'accord entre elles.

Il s'indique ainsi de favoriser la coexistence, en droit public, entre l'ombudsman et le médiateur. Leur rôle respectif est essentiel pour assurer un meilleur dialogue entre le citoyen et l'administration. Il ne s'agit nullement d'acteurs concurrents, mais complémentaires, dont la spécificité respective doit assurément être préservée.

114. — Dans cette perspective, il faut encourager les différents niveaux de pouvoir — et non la seule autorité fédérale — à instituer la médiation en droit public, tout en ayant égard au constat selon lequel le dispositif du Code judiciaire peut, *mutatis mutandis*, être transposé dans ce domaine du droit.

L'ombudsman et le médiateur pourraient même s'allier dans cette entreprise. Le médiateur, en tentant, le cas échéant, de concilier l'ombudsman — représentant de l'autorité — et le citoyen. L'ombudsman en plaidant, dans le rapport annuel qu'il est appelé à rendre, pour encourager le recours à la médiation dans laquelle il pourrait intervenir, en vue de représenter l'autorité. Ou en veillant à ce que l'exécution de l'accord issu de la médiation soit suivie d'effets.

Notre credo est simple : pour une pluralité de médiateurs en droit public.

