

Rapport explicatif du Conseil d'Etat relatif à un avant-projet de loi modifiant l'organisation de la médiation administrative

17 août 2020

Nous avons l'honneur de vous soumettre un avant-projet de loi destiné à modifier l'organisation de la médiation administrative.

Sont concernées la loi du 25 juin 2015 sur la médiation administrative (RSF 18.1 ; LMéd), la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (RSF 17.1 ; LPrD), la loi du 7 décembre 2010 sur la vidéosurveillance (RSF 17.3 ; LVid), la loi du 2 novembre 2016 sur le guichet de cyberadministration de l'Etat (RSF 17.4 ; LGCyb) et la loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (RSF 17.5 ; LInf).

1 La nécessité d'une révision de l'organisation de la médiation administrative

La loi sur la médiation administrative est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Au travers notamment de ses rapports d'activité annuels pour les années 2018 et 2019, le médiateur cantonal avait fait état de plusieurs pistes de réflexion en vue d'améliorer l'exercice et l'efficacité de cette fonction. Parmi ces pistes figurent essentiellement la transformation de la fonction en « ombudsman », une accentuation de l'indépendance de la fonction par rapport au pouvoir exécutif et à l'administration, et une augmentation des moyens, essentiellement en personnel, mis à disposition de la fonction. A la fin de l'année 2019, le médiateur cantonal a quitté ses fonctions tandis que la Préposée à la protection des données a également donné sa démission. Les deux démissions sont motivées par des choix privés et ne sont pas liées.

Dès lors que les activités en matière de protection des données augmentent fortement en raison des projets de digitalisation des prestations de l'Etat, les autorités en charge de la médiation et celle en charge de la transparence et de la protection des données ont procédé en commun à un examen de l'organisation actuelle en la matière.

1.1 Le Médiateur cantonal, rétrospective de ses trois années d'activité

Le premier médiateur du canton de Fribourg a exercé ses fonctions à un taux de 20 %. Il les a exercées jusqu'à la fin de l'année 2019. Le 1^{er} janvier 2020, il a été remplacé par l'ancienne Préposée cantonale à la transparence, avec un doublement du taux d'activité à un taux de 40%.

En substance, selon l'article 12 LMéd, **le médiateur ou la médiatrice a pour tâches essentielles** de renseigner les personnes qui le ou la consultent sur la manière de procéder en matière administrative et d'intervenir pour prévenir un conflit ou pour chercher une solution à l'amiable. A la clôture du processus de médiation, le médiateur ou la médiatrice peut émettre une recommandation à l'intention de l'autorité cantonale en charge du dossier (cf. article 21 al. 1 LMéd).

Les réflexions et observations formulées dans les rapports d'activité 2018 et 2019 du Médiateur cantonal en vue de nourrir les discussions politiques sur l'évolution de la fonction sont en substance les suivantes :

- Le Médiateur cantonal estime nécessaire (cf. Rapport 2019) de remettre en question **le rôle dévolu à cette fonction par la LMed**. Selon lui, le médiateur administratif devrait être reconnu en tant qu'ombudsman, à savoir un véritable « surveillant de l'administration ».

Il est rappelé à cet effet que le législateur de 2014 n'avait pas souhaité une telle fonction. En l'état, quand bien même certains aspects de ses fonctions (accès à l'information, droit de recommandations, etc...) se rapprochent d'une telle activité, le médiateur cantonal n'est pas un « surveillant de l'administration ». Il ne peut donc pas agir de sa propre initiative (article 13 al. 2 LMed).

- Les réflexions du Médiateur cantonal (cf. Rapport 2019) relatives à **l'indépendance de la fonction** méritent elles aussi une attention particulière. Le Médiateur cantonal estime que l'indépendance du Médiateur ne peut pas être considérée comme établie. Selon lui, *« il incombe au pouvoir politique plutôt qu'au Médiateur lui-même de veiller à cette indépendance : le Médiateur devrait pouvoir la considérer comme un prérequis. Comme elle lui est donnée par la Constitution, il ne devrait pas avoir à la justifier ni à la défendre, ceci non pas dans son intérêt propre, mais au service du fonctionnement de la société, des bonnes relations entre l'Etat et les administré-e-s, et donc de l'équilibre des pouvoirs [...] »*. *« Ce pouvoir politique devrait ainsi rester attentif à ce qu'aucune mesure politique, administrative, organisationnelle ou financière n'impacte sa liberté de décision, d'action et de communication »*.

Le Conseil d'Etat tient à rappeler que l'indépendance décisionnelle du Médiateur est essentielle à l'exercice de sa fonction et qu'elle n'a jamais été remise en cause. En l'état, celui-ci est rattaché administrativement à la Chancellerie d'Etat, afin de lui éviter toute pression politique. La problématique touche ici plutôt à la liberté d'organisation du médiateur. Demeurent, et c'est vraisemblablement ce à quoi faisait allusion le médiateur cantonal, les mesures organisationnelles et financières qui, s'il s'agit par exemple d'économies, peuvent être ressenties comme des freins à l'exercice de la fonction. En l'état, la LMéd prévoit à ce sujet, à son article 10 al. 1 et 2 (Organisation) que *«¹ Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e s'organise librement pour mener à bien sa mission.² Il ou elle dispose d'une enveloppe budgétaire dont le montant est déterminé chaque année lors de l'adoption du budget de l'Etat »*.

- Le médiateur cantonal a relevé, toujours dans son rapport 2019, une baisse des demandes de médiation en précisant que celle-ci *« ne trouve guère d'explication »* et que *« l'expérience des autres services similaires des villes et cantons montre que le nombre de demandes est très fluctuant d'une année à l'autre, sans qu'il soit possible d'attribuer une quelconque cause claire à ce phénomène »*.
- S'agissant des questions en lien avec **l'organisation spatiale et les appuis logistiques**, il y a lieu de relever que dès son entrée en fonction, puisque son taux d'activité en tant que médiateur revenait pour lui à exercer une activité accessoire, mais notamment aussi pour des motifs d'indépendance, de confidentialité et d'organisation personnelle, la Chancellerie d'Etat a toléré que le médiateur exerce ses activités dans ses locaux privés. Le caractère insatisfaisant de cette solution a toutefois très vite été relevé par le médiateur cantonal lui-même dans son rapport annuel 2018.

Pour mémoire, le message du Conseil d'Etat à l'appui de la loi sur la médiation administrative relevait ce qui suit s'agissant des locaux et de l'appui dont devrait disposer le médiateur cantonal : *[...] Il y a toutefois lieu de préciser à cet égard que puisque l'institution du Médiateur ou de la Médiatrice cantonal-e ne suppose, en principe, que l'engagement du Médiateur ou de la Médiatrice, des solutions de localisation seront trouvées dans des bâtiments existants, ce qui permettra encore de relativiser les coûts. Les tâches de secrétariat seront, le*

cas échéant, assumées par le secrétariat des autorités en matière de transparence et de protection des données ; ».

En l'état, l'article 10 al. 3 LMéd prévoit que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e « *exerce ses fonctions dans des locaux communs avec le secrétariat de la Commission de la transparence et de la protection des données, avec lequel il ou elle se coordonne et dont il ou elle peut disposer* ».

1.2 Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données

L'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ci-après : l'Autorité cantonale) est composée d'une Commission, d'un ou d'une préposé-e à la transparence et d'un ou d'une préposé-e à la protection des données (cf. article 29a al. 1 et 32 al. 1 et 2 de la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données).

En l'état, le taux d'activité de la Préposée à la transparence est de 50%. S'agissant de la Préposée à la protection des données, son taux a très récemment été porté de 50 % à 80% en raison de la charge supplémentaire de travail qu'elle doit assumer, notamment due à la digitalisation des systèmes d'information de l'Etat de Fribourg, tâches auxquelles elle est fortement intégrée. L'Autorité cantonale dispose en outre de l'appui d'une juriste à 50 %, d'un stagiaire juriste à 100 %, d'un secrétariat à 80 %. Il bénéficie en outre de l'appui du Service de législation dont un poste de Conseiller juridique a été augmenté de 30%, spécialement pour les questions en lien avec la digitalisation. Enfin le Service de l'informatique et des télécommunications intervient comme soutien technique sur les dossiers qui nécessitent des compétences informatiques élevées.

Il y a aussi lieu de relever que le budget pour les mandats extérieurs, permettant de faire appel à des ressources et compétences complémentaires, a été doublé dès 2019. Ce montant atteint désormais CHF 150'000.- par an.

S'agissant des tâches :

- Selon l'article 30 LPrD, « *La Commission est formée d'un président ou d'une présidente et de six membres, élus par le Grand Conseil à la suite d'une proposition du Conseil d'Etat. Son secrétariat est assuré conjointement par le ou la préposé-e à la protection des données et le ou la préposé-e à la transparence. Le président ou la présidente et les membres doivent posséder, dans leur ensemble, les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches de la Commission; celle-ci comprend en particulier un ou une professionnel-le de la santé, un ou une spécialiste en informatique et au moins un ou une professionnel-le des médias* ».

Si la **Commission cantonale de la transparence et de la protection des données** (ci-après : la Commission cantonale) exerce une surveillance générale dans le domaine de la protection des données et la mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels, elle remplit aussi certaines tâches d'appui ou de gestion en lien avec les Préposé-e-s à la transparence et à la protection des données. En particulier, elle a pour tâches d'assurer la coordination entre les exigences de la protection des données et l'exercice du droit d'accès aux documents officiels, de diriger l'activité du ou de la Préposé-e à la protection des données et celui ou celle à la transparence, mais aussi celle de donner son avis sur les projets d'actes législatifs touchant à la protection des données ou qui ont un impact sur le droit d'accès aux documents officiels (cf. article 30a LPrD et article 40 LInf).

Elle dispose en plus d'une autre compétence essentielle en la matière, comprise ici sous l'angle du soutien aux Préposé-e-s, à savoir celle d'évaluer régulièrement l'efficacité et les coûts de la mise en œuvre du droit d'accès aux documents, d'informer le public sur la mise en œuvre de la protection des données, et d'en faire état dans son rapport au Grand Conseil. Un rapport relatif à l'activité des deux préposé-e-s y est également intégré (cf. article 30a LPrD et article 40 LInf).

- le ou la **Préposé-e cantonal à la protection des données** doit essentiellement exercer des tâches de contrôle, de conseil et de renseignements. Il ou elle doit également exécuter les tâches qui lui sont confiées par la Commission (cf. article 31 LPrD).
- le ou la **Préposé-e cantonal à la transparence** doit essentiellement exercer des tâches d'information, de formation et de médiation. Il ou elle doit également exécuter les travaux qui lui sont confiés par la Commission (cf. article 41 LInf).

1.3 Objectifs de la révision partielle de la LMed

Les observations consignées dans les rapports annuels 2018 et 2019 laissent supposer que la fonction de médiateur ou de médiatrice cantonal-e puisse souffrir d'un certain isolement. Quand bien même cet isolement n'est pas vu par l'ancien Médiateur cantonal comme un problème en soi, car il va de pair avec l'indépendance, force est tout de même de constater que les messages politiques que ce dernier s'est vu contraint de consigner dans ses rapport 2018 et 2019 traduisent le manque d'un relais direct, indépendant, crédible et efficace, qui lui permette de se faire « entendre sans attendre » lorsque l'exercice même de son activité en dépend.

La loi sur la médiation administrative (LMed) prévoit, à son article 7, que « *Dans l'exercice de ses attributions, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e est indépendant-e et n'est soumis-e qu'à la loi. Il ou elle ne reçoit d'instruction d'aucune autorité* ». Son rattachement administratif, et non pas sa subordination, envers la Chancellerie d'Etat permet d'asseoir cette indépendance.

Cette indépendance est l'un des éléments communs, essentiel, entre la médiation administrative et le ou la Préposé-e à la protection des données et le ou la Préposé-e à la transparence. Le Médiateur ou la Médiatrice cantonal-e ne peut pas, comme les Préposé-e-s, compter sur l'appui d'une Commission cantonale indépendante, mais influente.

Afin de permettre au médiateur ou à la médiatrice cantonal-e non seulement de continuer à exercer ses tâches en toute indépendance, mais aussi et dans le même temps de bénéficier auprès des autorités politiques, par la Commission cantonale, d'un relais crédible et efficace pour l'aider à porter ses projets, le Conseil d'Etat estime opportun d'intégrer la médiation administrative à l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données, à l'image de ce qui existe à l'heure actuelle pour les préposé-e-s à la transparence et à la protection des données. Cela consiste en substance en ce qui suit et le présent avant-projet matérialise cet objectif :

- > Intégrer dans une certaine mesure la fonction de médiateur ou de médiatrice à l'Autorité cantonale, dont fait partie la Commission cantonale. Ainsi, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e pourra en cas de besoin requérir un soutien de la Commission cantonale tout en gardant son indépendance complète dans l'exercice de ses tâches de médiation ;
- > Lui donner formellement accès aux ressources, notamment en personnel et en locaux, de l'Autorité cantonale, afin de lui assurer un accompagnement ;
- > Lui permettre aussi de profiter, de cas en cas, des moyens en prestations pour tiers dont dispose l'Autorité cantonale.

Parallèlement, afin notamment de clarifier une fois pour toutes l'objet de la discussion, récurrente, entre les statuts de « médiateur » ou d'« ombudsman » évoqué dans les rapports 2018 et 2019, il est proposé de compléter la LMed, en précisant en substance qu'une médiation ne peut avoir lieu (ou se poursuivre) que moyennant l'accord des deux parties.

1.4 Les travaux préparatoires et la préconsultation

Intégrée d'emblée aux travaux législatifs, l'Autorité cantonale et la nouvelle Médiatrice cantonale se sont exprimés comme suit :

- a) La Commission cantonale a préavisé favorablement les modifications légales proposées, sous réserve de quelques points, notamment le fait que l'indépendance et le bon fonctionnement de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données doivent être garantis en tout temps et que les budgets et les « équivalents plein-temps » demandés soient accordés.
- b) La Préposée cantonale à la transparence et la Préposée cantonale à la protection des données :
 - ont souligné pour leur part que l'Autorité cantonale serait actuellement en sous-dotation au niveau du personnel, ceci sans tenir compte des postes provisoires qui lui ont été attribués pour une durée limitée. Selon elles, l'intégration administrative de la médiation administrative aura une influence sur le personnel ; de ce fait, elles émettent le souhait que le personnel dédié à la médiation administrative soit attribué séparément à l'Autorité cantonale, ceci afin de garantir le bon fonctionnement et l'indépendance de la transparence et la protection des données, ainsi que l'indépendance de la médiation administrative.
 - souhaitent que le budget de la médiation administrative soit prévu dans un poste budgétaire séparé dans le budget de l'Autorité cantonale.
 - relèvent encore que les locaux actuels ne permettraient pas en l'état l'intégration administrative de la médiation administrative dans l'Autorité cantonale, car il serait nécessaire, selon elles, que la médiation administrative dispose de bureaux qui lui soient propres, demeurant réservée l'utilisation de la salle de conférence.
- c) La nouvelle Médiatrice cantonale a affirmé à plusieurs reprises qu'un processus de médiation n'a des chances d'aboutir à satisfaction des intervenants qu'avec l'accord explicite des deux parties. Lors de la préconsultation, elle a néanmoins complété en relevant l'importance de la sensibilisation et de l'information :
 - *« une telle disposition qui laisse le choix à l'organe public d'accepter ou non une médiation risque de créer un sentiment d'impuissance auprès des administrés. La confiance de la population envers les organes publics est étroitement liée à la possibilité qu'elle a de pouvoir les contester, ce qui n'est plus garanti dans le cadre extrajudiciaire si un organe public peut tout simplement décider de ne pas donner son accord au processus de médiation et à l'éventuel examen de son action. Dans de tels cas, il pourra s'avérer difficile voire impossible pour la médiation administrative*

*d'assumer son rôle de renforcer la confiance de l'administré dans les services publics cantonaux et d'éviter aux autorités des reproches infondés. Ceci est autant plus regrettable que le cadre donné par un service de médiation administrative a justement pour but de traiter de telles contestations de manière constructive pour toutes les parties. **La sensibilisation et l'information** quant à la valeur ajoutée de la médiation **seraient dès lors primordiales** pour convaincre les organes publics de se faire accompagner dans le cadre de la résolution de conflit avec des administrés ».*

L'avis du Conseil d'Etat à ce sujet, qui ne varie pas par rapport à la loi de 2014, a été rappelé au début du présent rapport. Il est encore détaillé sous le commentaire relatif à l'article 13 al. 3 de l'avant-projet.

- Sous l'angle des ressources financières, elle soutient l'affectation d'un budget propre à la médiation administrative intégré dans l'enveloppe de l'Autorité cantonale pour garder l'indépendance respective de la médiation administrative, ainsi que de la transparence et de la protection des données.

Il y a enfin lieu de noter que les articles 12 al. 4 LMed, 31 al. 4 LPrD et 41 al. 4 LInf (nouveaux) ont été proposés en toute fin de procédure et n'ont donc pas été discutés dans le cadre de la préconsultation. Les autorités concernées auront la possibilité de s'exprimer à leur sujet dans le cadre de la consultation externe.

2 COMMENTAIRE DES ARTICLES MODIFIÉS

2.1 Loi sur la médiation administrative

Article 6

L'article 6 al. 1 dispose que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e est intégrée administrativement à ce qui devient l'Autorité cantonale de la transparence, de la protection des données et de la médiation. Le terme « d'intégration administrative » est proposé afin d'éviter de créer une confusion avec la notion de « rattachement administratif », utilisée pour décrire le lien d'une unité administrative avec une Direction de l'Etat ; l'Autorité cantonale de la transparence, de la protection des données et de la médiation n'est pas et ne peut pas être assimilée à une Direction de l'Etat.

A l'image des articles 30a LPrD et 40 LInf, l'alinéa 2 de l'article 6 mentionne les nouvelles compétences de la Commission cantonale dans le domaine de la médiation. Ainsi, la Commission cantonale assurera la coordination entre l'exercice de l'activité de médiation par le médiateur ou la médiatrice cantonal-e, l'exercice du droit d'accès aux documents officiels et les exigences de la protection des données, notamment en cas d'empêchement du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e au sens de l'article 8 LMéd. La Commission cantonale aura aussi, désormais, des compétences en lien avec la nomination du médiateur ou médiatrice cantonal-e ; il incombera à la Commission cantonale de mener la procédure et de préavis à l'intention du Conseil d'Etat la ou les candidature-s qu'elle privilégie. La Commission cantonale donnera également son avis sur les projets d'actes législatifs touchant à la médiation, ce qui pourra avoir pour effet d'épauler la fonction, mais de manière indirecte. Enfin, la Commission cantonale surveillera la gestion de l'activité de médiation et veillera à ce que l'indépendance du médiateur ou la médiatrice cantonal-e soit garantie conformément

à l'article 119 Cst. A noter que cette liste est exhaustive, garantissant ainsi l'indépendance du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e.

L'alinéa 3 donne quelques précisions concernant le rapport d'activité annuel du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e. Ainsi, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e rédigera, comme à l'heure actuelle, séparément un rapport d'activité, lequel sera toutefois intégré dans celui de l'Autorité cantonale. La Commission cantonale pourra y ajouter ses propres appréciations, voire recommandations mais, afin de garantir l'indépendance de jugement du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e, elle le fera de manière séparée ; en particulier, elle n'aura pas le droit, le cas échéant, de modifier le rapport d'activité du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e.

Article 7

Cet article confirme que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e est indépendant et uniquement soumis à la loi. L'adjonction actuelle (phrase deux de l'article 7) « Il ou elle ne reçoit d'instruction d'aucune autorité » est supprimée, car superflue. Seule la loi lie le médiateur ou la médiatrice cantonal-e à l'exercice de sa fonction.

Article 8

Comme prévu actuellement, le Conseil d'Etat, sur préavis de la Commission, demeure compétent pour désigner une personne pour remplacer le médiateur ou la médiatrice cantonal-e en cas d'empêchement durable.

En cas d'empêchement ponctuel, un remplaçant devra être désigné par la Commission cantonale. Il est de ce fait renoncé à la solution actuelle, trop rigide, selon laquelle (cf. article 8 al. 2 LMéd) « En cas d'empêchement ponctuel, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e est remplacé-e par le ou la Préposé-e compétent-e pour la médiation en matière d'accès à l'information » (à savoir, concrètement, le ou la préposé-e à la transparence).

Article 9

Cet article précise nouvellement, à son alinéa 2, que l'ouverture de la procédure de révocation et le prononcé de la suspension provisoire du médiateur ou de la médiatrice ne peut se faire, par le Conseil d'Etat, que sur proposition de la Commission cantonale. Cela permet d'assurer, là encore, la totale indépendance du médiateur ou de la médiatrice.

Article 10

Le médiateur ou la médiatrice cantonal-e étant intégré-e administrativement à l'Autorité cantonale de la transparence, de la protection des données et de la médiation, son budget fait désormais partie intégrante de l'enveloppe prévue à l'article 32 al. 3 de la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (cf. nouvel article 10 al. 2). Bien qu'il n'y ait qu'une seule enveloppe prévue pour les différents domaines relevant de l'Autorité cantonale (protection des données, transparence et médiation), il incombera à la Commission cantonale de répartir le contenu de l'enveloppe entre ces trois domaines en fonction des besoins de chacun, conformément à ce que prévoit l'article 32 alinéa 3, 2e phrase, LPrD.

L'article 10 al. 3 est abrogé ; le Conseil d'Etat juge que la précision selon laquelle le médiateur ou la médiatrice exerce ses fonctions dans des locaux communs avec le secrétariat de la Commission cantonale est trop rigide, et qu'un tel degré de détail, par ailleurs non conforme à la pratique retenue pour l'ancien médiateur, n'a pas sa place dans une loi. En lien avec ce qui précède, il est donc précisé que cette abrogation ne signifie nullement que la solution de partage de locaux, décidée en 2014, devrait être abandonnée. Au regard non seulement du pourcentage d'occupation des personnes concernées (uniquement des temps partiels, mis-à-part pour la fonction de stagiaire-juriste), mais aussi de la politique de rationalisation des locaux en cours d'implantation dans l'administration cantonale (politique de partage de places de travail), cette solution rationnelle doit être privilégiée. Cela vaut d'autant plus que les trois activités concernées revêtent toutes une composante très juridique, ce qui rend évidentes d'importantes synergies. De telles synergies seront par ailleurs observées non seulement s'agissant de l'application du droit, mais aussi pour l'appui du secrétariat administratif des trois fonctions. Enfin, comme pour toutes les autres tâches de l'Etat, pour lesquelles le secret de fonction est tout aussi essentiel, les besoins divers en termes de niveau de confidentialité peuvent toujours être assurés par la mise en place, au cas par cas, des solutions nécessaires pour y parvenir.

Article 11

Cet article fait l'objet d'une simple adaptation à la nouvelle organisation administrative.

Article 12

L'article 12 a pour objet de décrire les tâches essentielles du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e.

L'alinéa 2a nouveau exprime l'idée, évoquée dans la partie générale du présent rapport, selon laquelle le médiateur ou la médiatrice cantonal-e a la possibilité de requérir le soutien de la Commission cantonale. La position du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e est ainsi renforcée. Toutefois, afin de garantir encore une fois son indépendance, la loi prévoit que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e n'est pas tenu-e de suivre l'avis de la commission cantonale.

L'alinéa 3 précise que le médiateur ou la médiatrice cantonal-e adresse désormais son rapport annuel à la Commission cantonale qui l'intègre dans son propre rapport. On applique ici le système qui prévaut pour les deux Préposé-e-s.

L'alinéa 4 consiste en quelque sorte en un « droit de réponse » des autorités, et éventuellement des personnes, dont les activités sont discutées dans le rapport du médiateur ou de la médiatrice cantonale. Cela permettra notamment au Grand Conseil, à la lecture du rapport annuel, d'exercer ses activités de haute surveillance sur l'administration (art. 104 let. a Cst.) en ayant le cas échéant, et d'emblée, l'essentiel des faits et raisonnements portés à sa connaissance.

Article 13

Le Message du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la médiation administrative du 4 novembre 2014 faisait d'emblée la distinction entre les activités de

« Médiation » et celles d' « Ombudsman ». Sous le ch. 1.2.1, il avait ainsi été rappelé que « *Le médiateur ou la médiatrice n'intervient qu'avec l'accord de toutes les parties (tant l'administration que les parties privées) et en principe sur décision de l'autorité. Par contre, l'ombudsman intervient soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une personne qui se plaint du fonctionnement de l'administration* ». Sous ch. 4.3, il avait été relevé en substance qu'en raison de la traduction différente dans la Constitution, en français et en allemand, de la dénomination de la fonction, le choix proposé serait celui d'une instance de double nature (N.B : médiation et « Ombudsperson »), mais en privilégiant les caractéristiques de la médiation. Ainsi, donnant suite à certaines remarques formulées dans le cadre de la consultation (ch. 5.2) l'objectif consistait à ce que l'on soit en présence d'un véritable médiateur ou d'une véritable médiatrice, à savoir d'une personne qui n'intervienne qu'avec l'accord de toutes les parties. Dans ce sens, il avait notamment été prévu dans le projet de loi qu'il ne pourrait agir que sur requête de la personne concernée ou de l'autorité et qu'il ne pourrait agir de sa propre initiative. Cet objectif avait été décidé, car pour espérer arriver à une médiation réussie, l'accord des deux parties de se prêter à une médiation est nécessaire.

Si l'on devait changer de modèle en passant au système selon lequel une requête d'un ou d'une citoyen ou citoyenne permet de contraindre l'autorité concernée à se prêter à une médiation, l'on verserait dans un système tendant vers l'Ombudsperson (cf. ch. 1.2.1 ci-dessus) ; ce serait tout aussi conforme à la Constitution que le modèle actuel, mais ce n'est pas ce qui n'avait pas été décidé en 2014, et cette évolution n'est toujours pas jugée opportune. Au demeurant, le modèle de l'Ombudsman aurait pour effet d'augmenter radicalement les tâches en la matière. Cette augmentation des tâches se vérifierait non seulement pour le médiateur ou la médiatrice cantonal-e, mais aussi de manière indirecte, pour les unités administratives appelées à répondre et à collaborer dans tous les cas. En effet, cette augmentation indirecte des tâches, importante, se vérifierait même si les unités administratives concernées devaient estimer que les chances d'arriver à une médiation sont manifestement nulles au vu des tentatives préalables effectuées à ce sujet, sans l'aide du médiateur ou de la médiatrice, en application de l'article 14 al. 1 de la loi sur la médiation, qui prévoit d'ores et déjà que « *la personne concernée doit avoir précédé sa requête [N.B : de médiation administrative] des démarches usuelles auprès de l'autorité cantonale en charge du dossier afin de résoudre le conflit à l'amiable.* ». Il est également rappelé à cet égard que si le différend intervient dans le cadre du recours hiérarchique, la Direction de l'Etat concernée a la possibilité de tenter une conciliation (cf. art. 92 CPJA).

Afin d'enlever tout équivoque à l'avenir à ce sujet, l'article 13 LMed est ainsi complété d'un alinéa 3 nouveau qui rappelle qu'une médiation administrative ne peut être entamée, et le cas échéant poursuivie, qu'avec l'accord des parties concernées.

Il y a enfin lieu de rappeler que le risque pour le médiateur ou de la médiatrice cantonal-e de se voir systématiquement opposer une fin de non-recevoir pour débiter une médiation par les unités administratives pour ces motifs est quasiment nul, car il est simplement dans l'intérêt de tous, y compris des unités administratives, d'arriver autant que possible à des situations comprises et acceptées par les citoyennes et les citoyens.

Enfin, il y a lieu de rappeler que le médiateur ne peut pas émettre de conclusions contraignantes et que si les deux parties n'ont pas de volonté commune de chercher une solution à leurs différends, la voie judiciaire leur permet de se faire entendre et de contester une décision.

Article 16

Au vu de la nouvelle organisation administrative proposée, il est précisé à l'alinéa 2 que c'est la Commission qui est désormais l'autorité hiérarchique au sens des articles 21 à 25 du CPJA. C'est donc elle qui sera appelée à trancher les éventuelles demandes de récusation et, le cas échéant, à désigner un ou une suppléant-e pour l'activité de médiation.

Article 17

L'alinéa 1 prévoit un renvoi à l'article 13 LMed, afin de rappeler encore une fois, pour autant que nécessaire, que le médiateur ou la médiatrice saisi ne peut examiner l'affaire que pour autant que toutes les parties à la procédure acceptent de participer à une médiation.

Article 18

La possibilité, pour le médiateur, de donner suite à une requête en médiation dépend de l'accord des parties (cf. article 13). Cela ne signifie toutefois pas encore que le médiateur ou la médiatrice peut entrer en matière. Il doit encore, par exemple, examiner si la demande entre dans son champ de compétences. Si, suite à son examen, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e donne suite à une requête, il ou elle en informe les autres parties, auxquelles il ou elle donne l'occasion de s'exprimer. On parle ici du fond du problème, et non plus de la question de l'entrée en matière.

Dans le cas où une des parties interrompt la médiation après l'entrée en matière, le médiateur ou la médiatrice cantonal-e procède conformément à l'article 20 al. 2, à savoir il ou elle clôt le processus de médiation et en informe les parties par écrit. C'est là encore une fois la suite logique du prérequis selon lequel une médiation ne peut avoir lieu que moyennant l'accord des parties. Il est toutefois rappelé à toutes fins utiles que le médiateur ou la médiatrice peut, à ce stade, émettre une recommandation au sens de l'article 21.

2.2 La loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD)

Article 20, 22, 29, 29a al. 1, 30 al. 1, 32 al. 1

Vu le mode d'organisation proposé par la présente loi, à savoir l'intégration du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e à l'Autorité cantonale, la désignation de la Commission y relative a été adaptée en y rajoutant le terme « médiation ».

Article 29a al. 3

L'alinéa 3 précise que les tâches exercées par l'Autorité cantonale dans les domaines du droit d'accès aux documents et de la médiation administrative sont régies par les législations y relatives. Cela ne nécessite pas de commentaire particulier.

Article 30 al. 3

L'article 30 al. 3 actuel prévoit que le secrétariat de la Commission cantonale est assuré conjointement par le ou la préposé-e à la protection des données et le ou la préposé-e à la transparence. Vu la nouvelle organisation, mais vu aussi le statut plus indépendant du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e que les préposé-e-s par rapport à la Commission (N.B : la Commission cantonale ne peut pas lui donner d'instructions au « fond », contrairement par exemple au Préposé à la protection des données, dont les activités sont dirigées par la Commission ; cf. article 30a al. 1 let. abis LPrD), il est précisé que pour les dossiers en lien avec les activités de médiation, le secrétariat peut être assuré par le médiateur ou la médiatrice cantonal-e. On donne ainsi ici une marge de manoeuvre à l'organisation « fine » de la médiation administrative par rapport à la Commission cantonale.

Article 30a al. 1 let a^{ter} et alinéa 2

Donnant ici suite à l'article 6 alinéa 2 lettre b LMed (nouveau) et la procédure d'engagement du médiateur ou de la médiatrice, il est désormais précisé (article 30a al. 1 let a^{ter}) que la Commission cantonale a pour tâche de mener la procédure de nomination du ou de la préposé-e à la protection des données pour le Conseil d'Etat et de préavisier à son intention la ou les candidatures-s qu'elle privilégie.

L'alinéa 2 concerne le rapport d'activité annuel de la Commission cantonale à l'attention du Grand Conseil. Le texte est adapté à l'introduction du rapport annuel du médiateur ou de la médiatrice dans son rapport d'activité.

Article 31 al. 4

L'alinéa 4 consiste en quelque sorte en un « droit de réponse » des autorités, et éventuellement des personnes, dont les activités sont discutées dans le rapport du ou de la Préposé-e. Cela permettra notamment au Grand Conseil, à la lecture du rapport annuel, d'exercer ses activités de haute surveillance sur l'administration (art. 104 let. a Cst.) en ayant le cas échéant, et d'emblée, l'essentiel des faits et raisonnements portés à sa connaissance.

Article 32 al. 3

L'alinéa 3 traite de l'enveloppe budgétaire. Il est prévu que la Commission cantonale décide de la répartition des ressources en fonction des différents besoins de l'Autorité, à savoir entre les activités de protection des données, de transparence et de médiation.

2.3 La loi du 7 décembre 2010 sur la vidéosurveillance (LVid)

Article 5 al. 2

Vu le mode d'organisation proposé par la présente loi, à savoir l'intégration du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e à l'Autorité cantonale, la désignation de la Commission y relative a été adaptée en y rajoutant le terme « médiation ».

2.4 Loi du 2 novembre 2016 sur le guichet de cyberadministration de l'Etat (LGCyb)

Article 21 al. 1

Encore une fois, vu le mode d'organisation proposé par la présente loi, à savoir l'intégration du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e à l'Autorité cantonale, la désignation de la Commission y relative a été adaptée en y rajoutant le terme « médiation ».

2.5 Loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf)

Art 33a al. 1, 34 al. 3, 39 a. 1 et 40 al. 1

Vu le mode d'organisation proposé par la présente loi, à savoir l'intégration du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e à l'Autorité cantonale, la désignation de la Commission y relative a à nouveau été adaptée en y rajoutant le terme « médiation ».

Article 40 al. 1 let. b bis

Donnant ici encore suite à l'article 6 alinéa 2 lettre b LMed (nouveau) et la procédure d'engagement du médiateur ou de la médiatrice mise en place, il est désormais précisé (article 40 al. 1 let. b^{bis}) que la Commission a pour tâche de mener la procédure de nomination du ou de la préposé-e à la transparence pour le Conseil d'Etat et de préaviser à son intention la ou les candidatures-s qu'elle privilégie. Il s'agit ici, en substance, de créer un parallélisme dans ces procédures d'engagement.

Article 41 al. 4

L'alinéa 4 consiste en quelque sorte en un « droit de réponse » des autorités, et éventuellement des personnes, dont les activités sont discutées dans le rapport du ou de la Préposé-e. Cela permettra notamment au Grand Conseil, à la lecture du rapport annuel, d'exercer ses activités de haute surveillance sur l'administration (art. 104 let. a Cst.) en ayant le cas échéant, et d'emblée, l'essentiel des faits et raisonnements portés à sa connaissance.

3 Développement durable

Le présent avant-projet de loi n'a pas d'incidence en matière de développement durable. Tout au plus permet-il de renforcer l'indépendance du médiateur ou de la médiatrice cantonal-e en lui faisant bénéficier de l'appui de la Commission cantonale, ce qui peut avoir une influence positive sur le fonctionnement de notre société

4 L'influence du projet sur la répartition des tâches Etat-communes

Le présent avant-projet de loi n'a aucune influence sur la *répartition des tâches* entre l'Etat et les communes.

5 Incidences financières

Pour autant que les travaux législatifs confirment le mode de saisine du médiateur ou de la médiatrice précisé dans le présent avant-projet, celui-ci n'a aucune incidence financière ou en personnel.

Il est précisé à cet égard, à toutes fins utiles, que les augmentations de taux décidées en 2019 pour les fonctions de médiateur ou de médiatrice et de Préposé-e à la protection des données, dont il est question dans la première partie du présent rapport, sont sans rapport avec le présent avant-projet de loi.

6 Compatibilité avec le droit fédéral, eurocompatibilité et droit de référendum

Le présent avant-projet de loi est conforme *au droit fédéral*. Il ne présente par ailleurs *aucune incompatibilité avec le droit européen*.

La présente loi sera, le cas échéant, soumise au *referendum législatif* (facultatif). N'ayant aucune incidence financière notable pour l'Etat, elles ne seront par contre pas soumises au referendum financier.