

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La force d'une recommandation d'un médiateur institutionnel en justice

NIHOUL, Marc

Published in:

Le citoyen et l'administration face au juge et au médiateur institutionnel

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

NIHOUL, M 2021, La force d'une recommandation d'un médiateur institutionnel en justice. dans *Le citoyen et l'administration face au juge et au médiateur institutionnel*. Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Larcier , Bruxelles, pp. 127-167.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La force d'une recommandation d'un médiateur institutionnel en justice

par

Marc NIHOUL

Professeur ordinaire à l'Université de Namur

Avocat au barreau du Brabant wallon

« Peu d'hommes raisonnent,
et tous veulent décider »¹.

Pierre-Claude-Victor BOISTE

INTRODUCTION : L'OBJET DE L'INSTRUCTION

Quelle(s) force(s) recommander pour caractériser l'acte principal posé par le médiateur institutionnel dans le cadre de son office qu'est la recommandation ? Ainsi pourrait être résumé, en une phrase, l'objet de la présente contribution dont l'hypothèse impartie à traiter était conçue avec précision.

¹ P.-C.-V. BOISTE, *Le dictionnaire universel* (1843).

A. – L'HYPOTHÈSE

Le médiateur institutionnel a pu aller au bout de son travail et il a formulé une recommandation. La recommandation du médiateur n'est pas suivie par l'autorité administrative. Cette situation a de quoi mécontenter le citoyen qui s'était adressé au médiateur. Voici, donc, que l'intéressé saisit la justice. Non pas contre le médiateur ou la recommandation que celui-ci a formulée, sujet traité par ailleurs dans le même ouvrage², mais bien contre l'autorité ou l'acte à l'origine de la saisine du médiateur. Le cas échéant, quelle est la force de la recommandation du médiateur ? Lui reconnaît-on – à cette recommandation – une force juridique particulière ? Ou seulement une force morale ? Ne lui reconnaît-on, au contraire, pas la moindre force ? Que vaut, en définitive et autrement dit, la recommandation d'un médiateur en justice ?

B. – LES LIGNES DE FORCE ET LES FORCES DE L'ACTE

Plusieurs balises encadrent ainsi le propos, sur lesquelles il convient de revenir quelques instants.

Premièrement, tous les actes susceptibles d'être posés par le médiateur institutionnel ne sont pas visés. L'on songe en particulier aux actes administratifs unilatéraux que peut adopter le médiateur à l'égard de son personnel ou en matière de marchés publics ou les mesures d'investigation dont il peut user pour instruire une réclamation ou encore les mesures administratives négatives telles que le refus d'instruction, le rejet d'une réclamation après instruction ou les décisions imposant des délais de réponse aux questions qu'il adresse ou d'exécution d'une décision de justice coulée en force de chose jugée³. Seule la recommandation est concernée, en ce compris celle formulée dans le cadre de la bonne exécution des décisions de justice.

² Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de D. RENDERS, D. DE VALKENEER, S. KOVAL, A. PERCY et E. ROMBAUX, « Les recours contre l'action et l'inaction du médiateur : entre contrôles politiques et contrôles juridictionnels ».

³ Voy., sur ce point, P. LEWALLE, avec la collab. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 209, pp. 245 et 246 (faisant état des réflexions françaises parmi les plus intéressantes à ce sujet) ; n° 212, p. 253 ; n° 219, pp. 257 et 258 ; n° 224, pp. 266-267 ; n° 237, pp. 283 et 284 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *Rev. dr. ULB*, 2008/1, p. 270, n° 56.

Au demeurant, la recommandation dont il s'agit est, par hypothèse, particulière et non générale⁴, bien que cette dernière ne soit pas exclue *a priori* de la réflexion. Pour mémoire, la recommandation particulière désigne la recommandation formulée par le médiateur, dans un dossier déterminé, pour amener une solution concrète – alors que la recommandation générale porte davantage sur le fonctionnement d'un ou plusieurs services ou sur des réformes conseillées – même lorsqu'elle trouve son origine, voire sa raison d'être, dans un cas particulier qui l'aura révélée.

Deuxièmement, le contexte assigné est celui d'une saisine de la justice, sans préciser si l'on se trouve devant le pouvoir judiciaire ou le Conseil d'État. Les deux options doivent être retenues puisque sont visés aussi bien l'autorité que l'acte à l'origine de la saisine du médiateur, à l'exclusion de celui-ci⁵ ou de sa recommandation ; encore que la reconnaissance d'une force juridique à la recommandation fasse potentiellement de celle-ci un acte de nature à faire grief et donc susceptible de recours devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État... Cette question-là se situe toutefois en dehors du périmètre imparti.

Cela étant, le contexte juridictionnel n'exclut pas que la force de la recommandation puisse exister par ailleurs en dehors de celui-ci, ce qui en règle générale est d'ailleurs beaucoup mieux du point de vue de l'effectivité du droit, ou plutôt de l'effectivité de l'acte en l'espèce. L'angle d'approche est toutefois celui des parties au litige et surtout même celui du juge appelé à trancher le différend, lequel est par hypothèse inhérent au fait que la recommandation du médiateur n'ait pas été suivie par l'autorité administrative. Dans le cas contraire, le citoyen n'aurait aucun intérêt à s'en prévaloir. Encore que, en pratique, il ne peut être exclu qu'un citoyen demande en justice davantage que ce qu'un médiateur recommandait d'accorder. Le cas échéant, la force de la recommandation pourrait donc tout aussi bien se retourner contre lui... Dans les deux cas, la force de la recommandation est une question incidente, susceptible de conforter

⁴ La recommandation générale distingue la médiation institutionnelle des autres formes de médiation. Voy., par ex., 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.*, 2001/1, p. 3.

⁵ En termes de responsabilité civile ou pénale par exemple.

ou de déforcer la recommandation en des termes qu'il convient encore de définir.

Troisièmement, la force de la recommandation du médiateur est au cœur du sujet imparti. Mais de quelle force discourt-on au juste ? L'énoncé distingue la force juridique et la force morale. Mais la force peut aussi être politique⁶ et si l'on vise la force juridique, celle-ci n'est en réalité pas unique, loin s'en faut. Elle est au contraire plurielle.

Traditionnellement l'on distingue, en effet, en ce qui concerne la « force juridique » et au-delà des querelles terminologiques, les forces obligatoire, exécutoire et probante de l'acte, sachant que chaque force peut être d'une intensité variable et qu'ainsi la force exécutoire vise elle-même deux forces différentes⁷, par exemple, selon que l'on vise l'exécution volontaire ou l'exécution par la force (dite aussi forcée ou renforcée)⁸. En guise de synthèse, l'on peut se risquer à écrire que la force obligatoire de l'acte vise l'inscription de l'obligation dans le droit, la force exécutoire dans les faits et la force probante dans l'attestation d'un droit ou d'un fait. La force obligatoire vise le lien juridique que l'acte a pour effet de créer, plus ou moins étendu et intense. La force exécutoire porte sur la capacité de l'acte à permettre la réalisation de l'obligation et ses conséquences dans les faits, éventuellement par la force publique. La force probante de l'acte concerne le mode permettant d'établir ou d'attester les faits et/ou le droit, la preuve que constitue l'acte de l'existence de l'obligation et/ou de faits qu'il contient, plus ou moins forte selon que l'acte est authentique ou non.

Idéalement, la force de chaque acte public devrait être déterminée avec clarté et précision par les règles constitutionnelles et/ou la loi, le décret ou l'ordonnance bruxelloise. En pratique, toutefois, le paysage est contrasté. Ainsi, les forces de l'acte notarié sont fixées

⁶ F. DELPÉRÉE, « Administration et médiation », *A.P.T.*, 1982, p. 225.

⁷ Sauf à concevoir deux intensités de force exécutoire différentes.

⁸ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001, n^{os} 111-134, pp. 157-182. Voy., plus largement en méthodologie, I. HACHEZ, « La force normative : fécondité et limites d'un concept émergent », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, Anthemis-FUSL, 2013, p. 432.

dans la loi⁹. En revanche, l'autorité de la chose jugée des arrêts du Conseil d'État et des décisions judiciaires pénales sont les parents pauvres de la législation par comparaison avec celle des arrêts de la Cour constitutionnelle et des autres décisions judiciaires¹⁰.

L'attribution d'une force particulière à un acte déterminé est rarement exclusive d'une ou plusieurs autres forces. La décision de justice est particulièrement remarquable à cet égard puisqu'elle combine en principe les trois forces juridiques : obligatoire, probante (authentique) et exécutoire (le plus souvent par la force¹¹).

Les différentes forces de l'acte interagissent et sont parfois interdépendantes, mais pas toujours. Ainsi, une obligation naturelle suffit parfois à emporter l'exécution volontaire d'une obligation en soi inexistante. En droit administratif, la décision exécutoire n'équivaut pas nécessairement (et même plutôt rarement) à une décision susceptible d'être exécutée par la force sans intervention préalable d'un juge ou du législateur. Peu d'actes, en réalité, dans le commerce juridique, sont exécutoires par la force sans autorisation préalable du juge.

S'agissant de la recommandation, trois questions doivent être posées. A-t-elle force obligatoire une fois qu'elle est émise ? Son contenu est-il susceptible d'être exécuté volontairement par les parties à la médiation, voire par la force avec ou sans l'intervention préalable d'un juge ? La recommandation permet-elle par ailleurs d'établir ce qui y est constaté ?

À première vue, la force dont il convient de discuter ici vise plutôt la force obligatoire, sans écarter la force probante, sachant que la force obligatoire précède en principe toujours la force exécutoire forcée ou renforcée.

Enfin, quatrièmement, l'approche préconisée dans le cadre imparti est de dépasser la réalité actuelle du droit *de lege lata* pour envisager le champ des possibles *de lege ferenda*.

⁹ En l'occurrence, l'article 19 de la loi du 25 ventôse-5 germinal an XI contenant organisation du notariat, lequel distingue clairement les forces probante et exécutoire : « Tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume » (al. 1^{er}).

¹⁰ M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Chartre, 2010, p. 217, n° 4.

¹¹ Le dispositif de la décision de justice est déterminant en matière d'obligations non pécuniaires. C'est en effet lui qui précise les modalités de l'exécution forcée, sans lesquelles celle-ci ne sera pas possible, dans l'attente d'une réforme en cours sur ce point.

I. – La force des mots

La force de la recommandation dépend évidemment, en premier lieu, de la nature de celle-ci. Certes, le juriste est magicien dans la mesure où il peut transformer la réalité en fiction juridique. Mais le bon juriste, c'est-à-dire le juriste raisonnable, sait que la magie n'est pas sans risque, qu'il ne faut pas jouer aux apprentis sorciers et qu'il n'est pas souhaitable de travestir la réalité comme de s'écarter du sens usuel des termes si ce n'est pas nécessaire. La précision juridique est à ce prix comme la clarté d'un texte, l'accessibilité et la prévisibilité de la règle qu'il contient ou encore la simplification du langage disciplinaire.

Les mots ont un sens, autrement dit, et la recommandation aussi. Le choix de ce terme par le législateur ne relève pas du hasard, comme le veut le postulat de rationalité de celui-ci.

La recommandation est, en l'occurrence, définie dans le langage courant comme « l'action d'exhorter quelqu'un à faire quelque chose, à adopter une certaine conduite »¹². Comme telle, la recommandation n'exclut pas un rapport d'autorité entre celui qui recommande (le recommandant) et le destinataire de la recommandation (le « recommandé »). L'on peut ainsi « faire une recommandation à un collaborateur » sur lequel l'on dispose d'une autorité plus ou moins grande, selon le cas, et au titre des synonymes renseignés l'on trouve tout de même des mots significatifs d'un certain poids, pour ne pas écrire un poids certain, comme avertissement, consigne, directive, exhortation, instruction.

Dans le vocabulaire juridique répandu, la recommandation est définie comme l'« [i]nvitation à agir dans un sens déterminé », par opposition précisément à la directive ou l'injonction : « suggestion en général dépourvue de caractère contraignant », de l'ordre du conseil, de l'avis, de l'ordre ou de l'instruction¹³. Si la recommandation est en général dépourvue de caractère contraignant, c'est qu'il n'est donc pas *a priori* inenvisageable de lui donner une certaine force contraignante, diront les plus optimistes. Il faut convenir *a minima* que telle n'est pas la loi du genre.

¹² <https://www.larousse.fr>.

¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2015, p. 757.

En droit international, la recommandation est en principe dépourvue de force obligatoire, mais l'on connaît aussi des recommandations relativement liantes telle la recommandation contrôlée à l'égard de laquelle les États doivent motiver leur refus (ex. OIT) et les recommandations de résultat qui rendent le but à atteindre obligatoire tout en laissant aux États la liberté du choix des moyens (ex. CECA).

En outre, les recommandations peuvent s'apparenter aux bonnes pratiques (codes éthiques, etc.), dont le juge tient compte au moment de statuer en matière contractuelle ou de responsabilité par exemple, même si elles n'ont pas, comme telles, une force obligatoire. Il s'agit d'une forme de *soft law*¹⁴.

En matière de médiation, toutefois, le vocabulaire juridique vise les « [c]onseils et suggestions adressés aux parties afin de favoriser leur rapprochement et de les orienter vers un accord ». Il n'y a pas place, dans ce cadre, pour une force intrinsèque de la recommandation, du moins à défaut d'accord.

II. – La force de la recommandation *de lege lata*

« [L]'essentiel de sa mission est de recommander bien plus que de commander »¹⁵.

Paul LEWALLE et Luc DONNAY

En droit belge, la force de la recommandation du médiateur institutionnel n'est guère définie. Les différentes législations aux différents niveaux de pouvoir ne livrent aucune indication décisive sur ce point. Les travaux préparatoires contiennent quelques indices. La jurisprudence nationale semble muette. Un rapide tour d'horizon permet de le vérifier.

¹⁴ Voy. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*. vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles*, Anthemis-FUSL, 2013.

¹⁵ P. LEWALLE, avec la collab. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 224, p. 266.

A. – LA LOI

1. – *Le médiateur wallon et de Wallonie-Bruxelles*

L'accord de coopération, entre la Communauté française et la Région wallonne, du 3 février 2011 « portant création d'un service de médiation commun à la Communauté française et à la Région wallonne » indique, au titre de préambule, que « le médiateur, indépendant, formule des recommandations en tant que modérateur qui cherche des solutions saines et équilibrées » avant de préciser, en son article 15, que :

« § 1^{er}. Le médiateur s'efforce de concilier les points de vue du réclamant et des autorités ou services concernés.

§ 2. Le médiateur peut imposer des délais impératifs de réponse aux autorités administratives ou services administratifs auxquels il adresse des questions.

§ 3. Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le médiateur fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, le cas échéant, toutes propositions tendant à améliorer le fonctionnement de l'autorité administrative ou du service administratif concerné. Il en informe le Ministre responsable.

§ 4. 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 ou au service administratif mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du requérant, proposer à l'autorité administrative ou au service administratif toute mesure qu'il estime de nature à y remédier, sans toutefois porter préjudice à l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;

– suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs, décrets ou réglementaires.

Il en informe concomitamment le Ministre responsable.

§ 5. Le médiateur ne peut remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle mais a la faculté de faire des recommandations à l'autorité administrative ou au service administratif mis en cause.

Il peut, en outre, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'autorité administrative ou au service administratif mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de

LA FORCE D'UNE RECOMMANDATION D'UN MÉDIATEUR INSTITUTIONNEL 135

justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté dans les conditions prévues à l'article 16, § 3, et publié au Moniteur belge.

§ 6. Le médiateur est informé de la suite donnée à ses interventions. Si une autorité administrative ou un service administratif estime ne pas devoir tenir compte d'une recommandation formulée par le médiateur, il lui adresse une réponse motivée.

À défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé, il peut rendre publiques ses recommandations. L'autorité administrative ou le service administratif mis en cause peut rendre publique la réponse faite et, le cas échéant, la décision prise à la suite de la démarche faite par le médiateur.

Cette publication se fait dans les conditions prévues à l'article 19, alinéa 2.

§ 7. Le réclamant est tenu périodiquement informé des suites réservées à sa réclamation ».

Plusieurs constats peuvent être tirés à la lecture de cette disposition.

D'abord, la recommandation individuelle n'est faite que lorsqu'une réclamation paraît justifiée au médiateur et de nature à régler les difficultés dont il est saisi. Il peut s'agir d'une proposition tendant à améliorer le fonctionnement de l'autorité administrative ou du service administratif concerné bien qu'à première vue celle-ci soit distinguée de la première, qu'elle soit plutôt d'ordre général et qu'elle ne suffira vraisemblablement pas à régler la situation du réclamant.

Ensuite, la recommandation n'a pas de force obligatoire autonome. En témoignent plusieurs éléments du texte. Premièrement, l'action du médiateur, sous un angle générique, est expressément qualifiée d'« intervention ».

Deuxièmement, le texte prévoit systématiquement l'information du ministre compétent en cas de recommandation, proposition ou suggestion, probablement afin que celui-ci envisage les moyens d'action ou de décision dont ne bénéficie pas le médiateur.

Troisièmement, la loi n'attache aucune portée obligatoire ou même exécutoire à la recommandation, la seule sanction envisageable étant la publicité¹⁶ que le médiateur peut donner à son intervention

¹⁶ Rem. Proposition de décret portant création de l'institution de Médiateur de la région wallonne, *Doc. parl.*, C.R.W., 1993-1994, n° 255/1, p. 2 : « Ses recommandations font l'objet d'une publication afin de leur donner plus de force ». Donner plus de force signifie qu'elle en ait une par ailleurs mais qu'elle n'est vraisemblablement pas satisfaisante.

à travers son rapport annuel, un rapport intermédiaire¹⁷, un rapport spécial ou même indépendamment de tout rapport. Même le pouvoir d'injonction que lui reconnaît le § 5, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, consiste uniquement à ordonner à l'autorité administrative ou au service administratif mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe, sous peine d'en faire un rapport spécial anonymisé publié au *Moniteur belge*.

Quatrièmement, la recommandation n'a pas force de vérité légale dans la mesure où le texte précise expressément qu'une autorité administrative ou un service administratif peut estimer ne pas devoir tenir compte d'une recommandation formulée par le médiateur et qu'il lui suffit, pour ce faire, de lui adresser une réponse motivée. Même dans l'hypothèse de l'injonction, le médiateur « ne peut remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle ». Le terme bien-fondé peut étonner car il vise bel et bien la conformité au droit rendu par le juge¹⁸ et point une évaluation du caractère raisonnable – voire équitable – de la décision juridictionnelle. L'on peut également regretter que le texte ne dise rien d'équivalent ou de comparable à propos de l'acte administratif individuel ou réglementaire, probablement parce que la contestation en justice de celui-ci est encore possible. Le texte vise toutefois la décision juridictionnelle là où il parle de recommandation du médiateur, laquelle ne peut donc vraisemblablement s'écarter du contenu de la décision juridictionnelle qu'à la marge, comme en témoigne la locution « mais », sans remettre en cause son bien-fondé.

Les travaux préparatoires ne donnent guère d'indications particulières.

2. – *Le médiateur bruxellois*

Les décret et ordonnance conjoints de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française du 16 mai 2019 « relatifs au médiateur bruxellois » ne s'écarterent pas de la version francophone si ce n'est qu'ils innovent en présumant des suites du silence de l'autorité, dans leur article 14, alinéas 2 à 4.

¹⁷ Voy. aussi, à cet égard, l'art. 19.

¹⁸ C'est-à-dire le droit de la décision juridictionnelle.

LA FORCE D'UNE RECOMMANDATION D'UN MÉDIATEUR INSTITUTIONNEL 137

« Le médiateur s'efforce de concilier les points de vue du réclamant et des services concernés. Il peut adresser à l'autorité administrative toute recommandation qu'il estime utile. Dans ce cas, il en informe le ministre, le membre du Collège, le collège communal ou le conseil d'administration responsable. Le médiateur notifie son avis simultanément au plaignant et à l'administration concernée.

Lorsqu'il formule une recommandation, le médiateur indique le délai endéans lequel l'autorité administrative est invitée à la mettre en œuvre. À défaut de répondre à cette invitation à l'expiration du délai fixé par le médiateur, l'autorité administrative est présumée refuser sa mise en œuvre. L'autorité administrative adresse dans ce cas une réponse motivée au médiateur reprenant les raisons de ce refus ».

Il en ressort que la recommandation est dépourvue comme telle de force obligatoire, même si la formulation laisse à penser que la recommandation a une force exécutoire volontaire, voire une forme de force obligatoire susceptible de « mise en œuvre ». En réalité, l'expression retenue par l'accord de coopération précité – « tenir compte » de la recommandation – semble mieux correspondre à l'intention exprimée dans les travaux préparatoires.

À cet égard, le commentaire des articles est évocateur. « Aucune sanction n'assortit le refus pour l'administration de suivre la recommandation ou le délai proposé par le médiateur. Il n'est, du reste, pas fautif, en soi, de ne pas se ranger à une recommandation dans le délai proposé. Il n'en demeure pas moins que l'administration devra, le cas échéant, s'en expliquer dans le cadre d'une mise en cause de sa responsabilité sous l'angle de l'obligation de comportement normalement prudent et diligent que l'on peut attendre d'elle. Une obstination injustifiée ou déraisonnable pourrait, en effet, être tenue par le juge comme un comportement fautif »¹⁹. La recommandation n'a donc pas force obligatoire au sens classique du terme bien qu'il puisse en être tenu compte dans le jugement de l'affaire *a posteriori*. La recommandation n'a pas de force probante non plus – ou du moins rien n'en est dit – mais le législateur a souhaité formaliser la réponse ou le comportement de l'autorité afin d'annoncer expressément que le juge peut en tenir compte. En réalité, il pouvait de toute

¹⁹ Rapport, *Doc.*, Parl. Brux-Cap., 2018-2019, n° A-744/1 ; Documents du Parlement : Session ordinaire Proposition de décret et ordonnance conjoints A-744/2 Rapport Compte rendu intégral : Discussion : séance du lundi 29 avril 2019 Adoption : séance du mardi 30 avril 2019.

manière le faire, la responsabilité d'un décideur dépendant toujours des informations en sa possession, du contenu du dossier administratif et des avis qui ont été rendus (même spontanément).

La seule véritable décision existante dans le cadre de la médiation institutionnelle au sens juridique du terme est celle de l'administration qui est de suivre ou de ne pas suivre la recommandation du médiateur.

3. – *Les médiateurs fédéraux*

La loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux est plus laconique. Elle précise dans son article 14, alinéa 3, que les médiateurs « peuvent adresser à l'autorité administrative toute recommandation qu'ils estiment utile. Dans ce cas, ils en informent le ministre responsable ». Cette disposition est inchangée depuis 1995.

La recommandation n'est pas une décision.

Elle n'est par ailleurs ni une décision de tutelle ni une décision de justice de nature à suspendre, annuler ou réformer un acte soumis à réclamation.

Les travaux préparatoires sont explicites sur ce point.

« L'accent est mis à cet égard sur la solution à trouver lors d'un fonctionnement inadéquat – et non illégal – des autorités, ainsi que sur les compétences consultatives – et non décisionnelles – du médiateur. Le médiateur n'est pas spécialement un organe de contrôle, mais plutôt un intermédiaire qui propose des solutions concrètes pour des problèmes concrets. Il importe que le médiateur puisse intervenir de façon indépendante et qu'il puisse publier ses recommandations afin de leur donner plus de force »²⁰.

« 3. La mission du médiateur est essentiellement une mission de conciliation et non de décision

Le service fédéral de médiation ne doit pas devenir un organe de contrôle des services administratifs. Le contrôle du pouvoir exécutif relève essentiellement du Parlement. Le médiateur doit au contraire formuler des

²⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 1436/1, p. 3. *Adde* Commentaire des articles, p. 9 : « Les médiateurs n'étant pas des autorités administratives, leurs décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Leur pouvoir de persuasion, leur autorité et la publication de leurs constatations sont les seules armes dont ils disposent ».

recommandations en vue de résoudre des problèmes concrets ou d'apporter des améliorations de nature structurelle au fonctionnement de l'administration. L'apport du service de médiation est donc de nature constructive ; il consiste à suggérer des solutions plutôt qu'à constater des fautes, imputer des responsabilités ou contrôler la légalité d'une décision de l'autorité. L'idéal serait dès lors que l'enquête du service de médiation se fasse en étroite collaboration avec les autorités concernées »²¹.

Le seul véritable pouvoir de décision du médiateur vise celui de traiter de la réclamation, de recourir aux mesures d'investigation dont il dispose, de formuler des recommandations ou de publier un rapport dont la publicité est déjà une sanction en soi lorsqu'il est négatif et permet au pouvoir législatif d'exercer utilement son contrôle du pouvoir exécutif de même que son pouvoir législatif.

4. – *Le médiateur germanophone*

Le décret germanophone du 26 mai 2009 instituant la fonction de médiateur pour la Communauté germanophone n'est guère très différent. En son article 21, il permet au médiateur d'adresser toute recommandation qui semble utile au service concerné si la conciliation échoue, avec information au ministre ou à l'instance de tutelle compétente et information attendue dudit service quant à la suite donnée à la recommandation, par écrit et de façon motivée s'il n'en est pas tenu compte. Le législateur compte de la sorte sur une certaine forme de pression hiérarchique pour pallier le caractère non obligatoire de la recommandation.

Dans les travaux préparatoires, l'importance du rapport annuel est soulignée notamment par « le fait que l'ombudsman peut seulement donner des recommandations, mais ne dispose pas d'un pouvoir de décision/d'une compétence pour décider ou de donner des instructions »²².

²¹ Rapport, *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 1436/7, p. 4. *Adde* p. 29 : « Le ministre souligne que 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 » (nous soulignons) ; n° 1436/4, amendement n° 37 visant à distinguer l'intervention du médiateur de l'enquête parlementaire.

²² Proposition de décret instituant la fonction de médiateur pour la Communauté germanophone (exposé des motifs), *Doc.*, Parl. Comm. germ., 2008-2009, n° 163/1, p. 5 (traduction libre).

5. – *Le médiateur flamand*

Quant à l'article 16 du décret du 7 juillet 1998 « instaurant le service de médiation flamand », il permet au médiateur flamand, en son paragraphe 2, de « formuler des recommandations à l'instance administrative aux fins d'éviter que les faits ayant donné lieu à la réclamation ne se répètent » et de faire rapport au Ministre flamand fonctionnellement compétent s'il « ne peut être d'accord avec la décision finale de l'instance administrative », à charge pour ce dernier, le cas échéant, d'établir « une note solidement motivée, expliquant de manière détaillée les raisons pourquoi il ne peut être réservé à la réclamation déclarée fondée la suite proposée par le médiateur flamand » dans les quarante jours de la réception de ce rapport destiné au médiateur et au parlement. Les recommandations ne sont pas exécutoires²³.

6. – *Le médiateur européen*

La recommandation du médiateur européen n'a pas plus de force que celui de ses congénères nationaux. L'article 228.1, alinéa 2, du Traité sur le fonctionnement de l'UE prévoit laconiquement que « [d]ans les cas où le médiateur a constaté un cas de mauvaise administration, il saisit l'institution, organe ou organisme concerné, qui dispose d'un délai de trois mois pour lui faire tenir son avis. Le médiateur transmet ensuite un rapport au Parlement européen et à l'institution, organe ou organisme concerné. La personne dont émane la plainte est informée du résultat de ces enquêtes. Chaque année, le médiateur présente un rapport au Parlement européen sur les résultats de ses enquêtes ».

L'article 3, § 6, du statut du médiateur européen²⁴ précise qu'au moment de saisir l'institution ou l'organe concerné, le médiateur peut lui soumettre des « projets de recommandations ». Quant à l'avis attendu, il doit être circonstancié.

²³ Rapport, *Doc.*, Parl. fl., 1997-1998, n° 893/6, p. 44 : *afdtwingbaar*.

²⁴ Décision du Parlement européen du 9 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur.

L'article 6.3 des dispositions d'exécution²⁵ va plus loin encore : il s'agit de soumettre « toute(s) recommandation(s) appropriée(s) » et l'avis (soumis pour observations au plaignant) « doit indiquer si et, le cas échéant, comment l'institution a mis en œuvre ou entend mettre en œuvre la (ou les) recommandation(s) », sachant que l'engagement de toute procédure juridictionnelle clôt l'intervention du médiateur.

7. – *Conclusion intermédiaire*

Force est donc de constater, pour conclure une approche légistique que l'on pourrait qualifier de droit comparé interne à notre État fédéral belge, que la recommandation du médiateur n'a, selon la loi, pas de force juridique contraignante.

B. – LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

1. – *La force obligatoire*

La doctrine souligne cet état du droit sous des formes variées. Certains préfèrent souligner sur un mode plus positif qu'il s'agit d'« une magistrature d'ordre moral »²⁶ ou « d'influence »²⁷, un « pouvoir essentiellement consultatif »²⁸ ou de construction directe de consensus à la base avec les administrés en situation »²⁹, ce qui revient implicitement au même que le mode plus négatif, plus explicite, selon lequel la recommandation n'a « aucune autorité contraignante »³⁰ et

²⁵ Décision du Médiateur européen du 9 mars 1994 portant adoption des dispositions d'exécution.

²⁶ R. ANDERSEN, « Conclusions générales », in F. DELPÉREÉ (éd.), *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 260 : sans pouvoir d'imposer son point de vue, « il agit par la voie de la persuasion, de la conciliation et, en cas d'échec, formule des recommandations individuelles ou générales. [...] Le médiateur parlementaire est un facteur de progrès : son action est un puissant aiguillon pour une remise en question permanente des méthodes et pratiques de l'administration ».

²⁷ Par exemple F. DELPÉREÉ, « Administration et médiation », *op. cit.*, p. 219 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, p. 364.

²⁸ J. SOHIER, « Le Conseil d'État et la médiation institutionnelle », *A.P.T.*, 2016/3, p. 412.

²⁹ E. VOLCKRICK, « Médiation institutionnelle et légitimité délibérative », *C.D.P.K.*, 2006/2, p. 523.

³⁰ 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 », *op. cit.*, pp. 5 et 6, 12 (hormis ses pouvoirs d'instruction ou d'injonction), 27-28 (la « force de l'exhortation » et non celle – juridictionnelle – de la « sanction exécutoire »). Voy. aussi M. VERDUSSEN, « Le médiateur parlementaire : données comparatives » et STIEVENARD, « Le médiateur dans les communautés et les régions », in F. DELPÉREÉ (éd.), *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 100 et 107 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du

certainement pas celle d'une décision de nature juridictionnelle³¹, n'est ni une décision unilatérale, ni un commandement,³² ni ne contient une interprétation « par voie d'autorité »³³. Les compétences du médiateur institutionnel sont des « compétences consultatives et non décisionnelles », bien « qu'en dépit de sa spécificité, il peut être amené à prendre des décisions qui sont des actes administratifs unilatéraux »³⁴ parmi lesquels ne figure toutefois pas la recommandation, laquelle ne peut être considérée comme un acte faisant grief³⁵. Toutes ces observations se situent sur le plan de la force obligatoire de la recommandation, laquelle est déniée, même si le terme contraignant peut semer le doute à cet égard et évoquer la force exécutoire de celle-ci.

À la suite de la Cour de justice de l'Union européenne, certains auteurs soulignent que la recommandation ne confère aucun brevet de légalité³⁶ à l'acte administratif qui suivrait la recommandation

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.*, 2001/4, pp. 361 et 364 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, n° 32, p. 253, n° 51, p. 267 et n° 56, p. 270 et le « caractère non contraignant de son office » ; J. SOHIER, « Le Conseil d'État et la médiation institutionnelle », *op. cit.*, p. 412 ; B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », in D. RENDERS (dir.), *Actualités du contentieux administratif*, coll. Formation permanente CUP, n° 197, Limal, Anthemis, 2020, n°s 75-77, p. 95 (impl.) et p. 100, n° 90 : « les pouvoirs du médiateur ne sont pas contraignants. La solution de médiation n'est jamais imposée aux parties. Elle s'impose à des dernières uniquement si celles-ci l'acceptent ». Comp. B. BLERO, « Introduction générale », in B. BLERO et F. SCHRAM (dir.), *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21^e siècle : des réformes nécessaires ?*, Limal, Anthemis, 2011, p. 12 : « la résolution des difficultés par la conciliation, non par l'injonction ».

³¹ M.-J. CHIDIAC, « À propos des recours administratifs et démarches préalables précédant la saisine du médiateur : analyse des articles 9, 10 et 11 du décret du 22 décembre 1994 portant création de l'Institution de médiateur de la Région wallonne », *C.D.P.K.*, 2004/1, p. 150 : « il ne peut prononcer une décision de nature juridictionnelle, avec l'autorité qui s'attache à ce genre de décision ».

³² F. DELPÉRIÉ, « Administration et médiation », *op. cit.*, p. 219 selon lequel la médiation ne procède pas par décision unilatérale ou commandement à la différence de la justice : « En un mot, [le juge] décide. [...] les procédures et les institutions de la médiation ne sont pas celles de la justice, dont la caractéristique fondamentale est de procéder par voie de commandement. Ce ne sont pas non plus celles de l'arbitrage où deux parties en conflit s'en remettent entièrement à un tiers et lui abandonnent le soin d'imposer une décision qu'ils s'engagent d'avance à respecter. La médiation ne bénéficie pas de ce type de prérogatives. Elle n'implique pas un abandon des droits de ceux dont les intérêts sont contradictoires. Au contraire, elle suppose leur concours actif. Elle requiert au minimum que celui auprès de qui il est intercedé n'abdique pas toute faculté d'agir ».

³³ 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 », *op. cit.*, p. 28 (s'agissant du contrôle d'équité).

³⁴ P. LEWALLE, avec la collab. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 206, pp. 240 et 242.

³⁵ *Ibid.*, n° 216, p. 257 ; n° 241, p. 288 ; n° 252, p. 302.

³⁶ Quoi de plus normal lorsqu'on sait qu'un avis rendu par la section de législation du Conseil d'État – composée de conseillers, c'est-à-dire de magistrats – ne confère pas non plus un brevet de légalité – ni un verdict d'illégalité – au règlement qui lui a été soumis. Voy., par ex., C.E., arrêt

du médiateur³⁷ (et encore moins un permis de violer la loi par une recommandation *contra legem* fondée sur l'équité, dont l'effet s'apparenterait à une « purge d'illégalité »³⁸) à peine de violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme lequel garantit le droit 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, car le juge amputerait son propre pouvoir d'appréciation. Dans un arrêt *Komninou et autres c. Commission* du 25 octobre 2007, la Cour a en effet observé que « les conclusions du Médiateur en tant que telles ne lient 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

s.a. *Zambon*, n° 112.599 du 19 novembre 2002 : « si l'avis donné par la Section de législation est de nature à contribuer à une meilleure rédaction des textes et à prévenir des illégalités, cet avis ne peut être considéré comme une garantie absolue de la légalité de l'acte juridique qui sera finalement adopté ; [...] l'avis donné ne lie pas plus son destinataire que le juge ; [...] ainsi, il n'appartenait pas à la partie adverse d'interpréter l'absence de réserve de la Section de législation sur la validité de l'avis considéré comme un brevet de légalité de celui-ci, la dispensant de rechercher, par elle-même, s'il n'était pas invalidé par l'arrêt d'annulation ». Le rôle du médiateur n'est pas non plus éloigné de celui de la Cour des comptes, de ce point de vue, laquelle pratique un contrôle budgétaire externe dont les décisions ne sont pas non plus liantes (rapp. 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 », *op. cit.*, pp. 3-30 ; Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1284-2, p. 12). Au demeurant, un arrêt de suspension rendu par le Conseil d'État sans aborder la question de sa compétence ne confère pas non plus un brevet de légalité pour la suite de la procédure au titre du principe de confiance, lequel concerne l'intervention de l'administration active et non celle d'une juridiction à l'instar des principes d'égalité et de non-discrimination (C.E. (ass. gén.), arrêt *Missorten*, n° 93.104 du 6 février 2001).

³⁷ D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, n° 61, p. 274 et n° 44, p. 262.

³⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, pp. 364-366. À défaut de cet « effet de purge », l'auteur observe que le médiateur, invoquant l'équité, ne serait qu'un inopportun « tentateur d'illégalité aux gesticulations parfaitement inefficaces » (p. 365). Rapp. B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, nos 58-67, pp. 87-93 ; E. SLAUTSKY, « Recommandations en équité et séparation des pouvoirs : hérésie ou harmonie ? » et M. NIHOUL, « À propos de la recommandation en équité *contra legem* », in B. BLERO et F. SCHRAM (dir.), *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21^e siècle : des réformes nécessaires ?*, Limal, Anthemis, 2011, resp. pp. 153-179 et pp. 185-190 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, p. 262.

recours en justice »³⁹. Ainsi, le constat par le médiateur d'une mauvaise administration dans le chef d'une institution communautaire ne peut être assimilé comme tel à une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit européen protégeant les particuliers⁴⁰.

Cette jurisprudence confirmait en réalité un précédent⁴¹ et a elle-même été confirmée récemment en des termes identiques et au titre de jurisprudence constante dans un arrêt *Stamatopoulos c. ENISA*⁴² du Tribunal du 8 mai 2019⁴³.

Ainsi donc la recommandation du médiateur institutionnel constituerait-elle un indice d'illégalité ou de légalité, selon le cas, de l'acte administratif, pour reprendre le terme utilisé par la Cour. À notre sens, il ne s'agit toutefois pas d'un simple indice, mais bien d'un indice de taille dans la mesure où il est institutionnalisé et offre de sérieuses garanties d'indépendance et de qualité. En outre, comme tout avis émis dans le cadre d'une procédure administrative, il contraint *a minima* l'autorité – ensuite le juge – à motiver sa décision en tenant compte directement de son contenu. Il est regrettable que la Cour ne le souligne pas davantage, point seulement pour valoriser la fonction du médiateur, mais aussi, et surtout, pour tenir compte du caractère légal, public et officiel de son intervention lequel impose, à notre estime, un tel devoir de motivation.

Il est à cet égard indéniable que le médiateur institutionnel exerce un contrôle de légalité – en plus d'un contrôle d'équité et préalablement à celui-ci – en manière telle que lorsqu'il situe sa recommandation sur le terrain de la légalité ou de l'opportunité, son avis – de même que son interprétation du droit – doit compter au titre de la

³⁹ C.J.C.E., arrêt *Komninou et autres c. Commission*, C-167/06P du 25 octobre 2007, non publié, ECLI:EU:C:2007:633, pt 44. Voy. K. DEWACHTER, « Arrêt “Komninou c. Commission” – Le médiateur européen et la Cour de justice – Un rôle différent, un contrôle différent », *J.D.E.*, 2008/4, n° 148, pp. 112-114, sp. p. 114 où l'auteur évoque « un arrêt qui n'attache pas d'effet juridique aux conclusions du médiateur » : « les décisions du médiateur européen, et plus largement de tout médiateur institutionnel, ne sont pas en tant que telles à considérer comme décisives par le juge. [...] les conclusions et décisions d'un médiateur ne sont, dans la plupart des cas, pas contraignantes [...] ».

⁴⁰ K. DEWACHTER, « Arrêt “Komninou c. Commission” – Le médiateur européen et la Cour de justice – Un rôle différent, un contrôle différent », *op. cit.*, pp. 112-114, ici p. 114.

⁴¹ C.J.U.E., arrêt *Angeletti c. Commission*, T-394/03 du 11 avril 2006, ECLI:EU:T:2006:111, pt 157 : « [s]i ces conclusions du Médiateur ne lient pas le juge communautaire en tant que telles, elles constituent un indice de la violation par la Commission du principe de respect du délai raisonnable du fait de la durée de cette première période de la procédure administrative ».

⁴² Agence de l'Union européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information.

⁴³ C.J.U.E., arrêt *Stamatopoulos c. ENISA*, T-99/18 du 8 mai 2019, non publié, ECLI:EU:T:2019:305, pt 33 concernant la recommandation de fournir à temps des précisions utiles aux candidats écartés dans le cadre d'une procédure de recrutement.

fonction publique qu'il exerce⁴⁴, au moins autant que la doctrine et la jurisprudence.

Le brevet de légalité ou d'autorité légale dénié par la Cour à la recommandation fait écho à la distinction traditionnelle, voire à l'opposition⁴⁵, qui est faite entre les fonctions de juger et de médier. Le juge décide et ordonne. Pas le médiateur. Les tentatives pour écorner cette distinction pure et dure ont été vaines à ce jour.

Ainsi, en 2000, il a été proposé de permettre aux médiateurs fédéraux de recommander d'écarter l'application d'une disposition légale ou réglementaire lorsque, à leurs yeux, son application aboutit à une iniquité⁴⁶ lorsque cette disposition ne prévoit pas elle-même cette possibilité⁴⁷. Entendez bien « recommander » et non « contraindre », l'autorité demeurant théoriquement libre de son pouvoir de décision, fut-il marqué du sceau de l'iniquité par le médiateur en cas d'écart par rapport à la recommandation justifié par la dureté de la loi. L'effet escompté par le dispositif n'en demeurerait pas moins obligatoire puisqu'il eût été de nature à conférer à l'acte et à l'autorité une immunité durable et équitable empêchant toute censure ou responsabilité administrative ou juridictionnelle⁴⁸, plaçant ainsi la déci-

⁴⁴ Rem., à cet égard, Proposition de décret instituant la fonction de médiateur pour la Communauté germanophone (exposé des motifs), *Doc.*, Parl. Comm. germ., 2008-2009, n° 163/1, p. 6 : « Un ombudsman a quasi des tâches de souveraineté/des fonctions de puissance publique. Ce ne sont certes pas des tâches de souveraineté/des fonctions de puissance publique, mais elles en sont très, très proches » (traduction libre).

⁴⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, p. 361.

⁴⁶ Proposition de loi du 10 octobre 2000 modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50.889/001 fondée sur plusieurs rapports successifs du Collège des médiateurs fédéraux et l'avis très critique n° 30.807/2 de la S.L.C.E. du 6 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux, *ibid.*, n° 50.889/002 (rappelé dans son avis n° 48.754 et 48.755/AG/2 sur les avant-projets portant assentiment à l'accord de coopération précité, *Doc.*, Parl. wall., 2010-2011, n° 347/1, pp. 23 et 24) ainsi que les observations de S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, pp. 364 et 365 soulignant l'inconstitutionnalité d'un tel dispositif sur ce point. Rem., concernant l'effet de la recommandation en équité, le *Rapport du Collège des médiateurs fédéraux*, 1998, p. 20 et 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 », *op. cit.*, p. 20.

D'autres éléments non convaincants sur le plan de la sécurité juridique étaient invoqués pour minimiser la recommandation en équité : un monopole du médiateur parlementaire (!), le caractère exclusivement avantageux du dispositif pour le citoyen, son caractère exceptionnel et son caractère transitoire dans l'attente d'une modification de la disposition.

⁴⁷ Auquel cas il n'y aurait guère d'inconstitutionnalité.

⁴⁸ Une immunité lors de tout contrôle de légalité (Conseil d'État ou juge administratif, juge judiciaire, Cour des comptes, autorité de tutelle lorsqu'elle existe, etc.) ou de responsabilité (civile, pénale, disciplinaire, budgétaire, etc.).

sion prise sous les dehors d'une recommandation en dehors de tout contrôle ou radar (même constitutionnel), sous le couvert d'une responsabilité morale du médiateur aussi commode que juridiquement inconsistante et digne d'une conception antique de la séparation des pouvoirs. Il ne faut pas être dupe. Un tel effet relève bel et bien d'une sorte de force obligatoire à géométrie variable n'opérant point à l'égard de l'autorité médiée mais bien à l'égard des autres acteurs institutionnels, fut-ce par le truchement de la décision administrative⁴⁹, car c'est celle-ci ou l'auteur qui sera finalement contrôlé, à l'exclusion de la recommandation ou du médiateur, même à titre incident, lequel serait dédouané de toute responsabilité... de manière équitable ?

Les auteurs de la proposition ont qualifié cet effet à géométrie variable de la manière suivante. Selon eux, les recommandations en équité suivies par l'administration « ne sont pas valables *erga omnes* et ne s'appliquent donc que dans le cas précis pour lequel le médiateur parlementaire a recommandé l'équité et l'administration l'a accepté. Dès lors, si un cas totalement identique venait à se présenter, la même décision ne pourrait lui être applicable automatiquement »⁵⁰. Une sorte d'autorité de la chose médiée est ainsi conçue pour la circonstance, une autorité *inter partes* ou relative, c'est-à-dire non absolue, en utilisant délibérément une terminologie habituelle en matière juridictionnelle digne du plus habile glissement sémantique – mais quoi de plus normal en fin de compte dès lors que le médiateur contribue à contrôler l'administration ? –.

Il n'en est rien, en réalité, pas plus qu'il n'y a d'autorité de chose décidée dans le chef de la recommandation. À supposer même que la recommandation puisse être conçue comme une proposition susceptible d'être « acceptée » par l'administration, seule la décision de l'administration vaut droit en fin de compte et l'autorité de celle-ci ne peut être que celle d'une décision qui plus est individuelle et

⁴⁹ On peut d'ailleurs s'étonner que l'autorité puisse s'opposer à la recommandation dans un tel schéma et point les juridictions en cas de recours de tiers impactés.

⁵⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50.889/001, p. 4. Comp. 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 », *op. cit.*, p. 28 (s'agissant du contrôle d'équité) lequel mentionne l'absence de « valeur de précédent *erga omnes* » de la recommandation laquelle, si elle est acceptée par l'administration, ne vaut que pour le cas individuel et n'emporte pas l'égalité de traitement ultérieure ; B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, n° 67, p. 93.

concrète et non générale et abstraite. À savoir une autorité de chose décidée dont la valeur n'est pas du tout comparable à celle d'une décision de justice⁵¹.

Au demeurant, les auteurs de la proposition confondent l'autorité de la décision elle-même avec l'obligation qui pourrait en découler pour l'administration d'appliquer la même décision à un autre citoyen revendiquant le même traitement tiré, non pas de la recommandation, mais du principe d'égalité et de non-discrimination. Or, pour mémoire, il n'y aurait pas d'égalité dans l'illégalité (postulée par hypothèse en l'espèce) ni, à en croire les auteurs, dans l'équité... de manière équitable ?

Lorsqu'ils indiquent que la recommandation (en réalité la décision) s'applique dans le cas précis, en revanche, les auteurs souhaiteraient probablement donner à la décision elle-même une autorité absolue comparable à celle d'une annulation décidée par la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'État, valable et opposable à l'égard de quiconque, parties à la médiation ou tiers, c'est-à-dire une « force de loi »⁵² ou de vérité médiée, ne valant toutefois que pour le cas précis en présence d'une décision individuelle.

Le contraste est pour le moins béant par rapport à la plus-value du médiateur parfois soulignée en termes de complémentarité avec les organes administratifs et juridictionnels de recours. Selon B. Blero, par exemple, « [l]e juge, lorsqu'il est appelé à se prononcer sur une décision de portée individuelle, prononce une décision qui, juridiquement, ne profitera pas aux autres administrés se trouvant dans une situation similaire. Au contraire, le médiateur, au départ d'une plainte individuelle, aura naturellement tendance à convaincre l'administration de renoncer à la pratique illégale, pas seulement au bénéfice du plaignant, mais aussi de tous ceux qui se trouvent dans une situation similaire. Les recommandations que le médiateur dresse lorsqu'il ne parvient pas à trouver un terrain d'entente avec l'administration

⁵¹ En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, il est aujourd'hui acquis que même la décision nantie d'une autorité relative produit également des effets obligatoires et non seulement probants à l'égard des tiers. Voy., à cet égard, M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », *op. cit.*, n° 11 et 12, pp. 233-238.

⁵² F. RIGAUX, « Autorités de la chose jugée », *J.T.*, 2007/16, p. 318. L'auteur considère que l'expression « autorité absolue de la chose jugée » ne serait pas très bien choisie à cet égard et préfère les formulations française (« s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ») ou allemande (« ont force de loi ») (pp. 318 et 319).

ont, le plus souvent, cette portée générale »⁵³. Est évidemment visé le pouvoir de recommandation générale.

2. – *La force probante*

Paradoxalement, la question de la force probante – comme telle – de la recommandation du médiateur institutionnel en justice semble absente des réflexions doctrinales et spécialement de celles afférentes aux interférences entre contrôles médiationnel et juridictionnel lesquelles sont focalisées sur leur combinaison procédurale, en l'absence de jurisprudence sur ce point, il est vrai.

L'on ne vise pas ici l'autorité de la recommandation elle-même et en particulier son autorité légale ou liante pour le juge, mais bien la force reconnue aux constatations que le médiateur institutionnel opère dans le cadre de sa fonction. Une question de preuve, autrement dit, dont semble exclue la légalité au sens de l'appréciation faite de celle-ci à propos d'un acte tiers posé par l'autorité médiée⁵⁴. Le constat d'illégalité posé par le médiateur n'est pas, en d'autres termes encore, présumé établi sous réserve d'une preuve contraire.

Malgré les apparences, la Cour de justice de l'Union européenne ne réduit pas la force probante des conclusions du médiateur européen mais bien la force obligatoire de celles-ci, notamment dans l'arrêt *Komninou et autres c. Commission* du 25 octobre 2007 précité, en utilisant toutefois un langage propre au domaine de la preuve susceptible d'induire le justiciable en erreur : « [e]lles ne peuvent constituer qu'un simple indice de la violation, par l'institution concernée, du principe de bonne administration ». C'est ce qui fait écrire à K. Dewachter que « [t]ous les éléments de la plainte et les conclusions du médiateur peuvent servir comme éléments de preuve, voire comme dit la Cour de justice, d'indices de violation du principe de bonne administration, mais ne lient pas le juge dans sa propre qualification juridique des faits »⁵⁵, à savoir si ceux-ci sont constitutifs d'une illégalité ou, en l'espèce, une violation suffisamment caractérisée

⁵³ B. BLERO, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴ À ne pas confondre avec la présomption de légalité inhérente à l'acte lui-même, laquelle ne porte au demeurant que sur la légalité de celui-ci et a des effets procéduraux plus que de nature probatoire.

⁵⁵ K. DEWACHTER, « Arrêt "Komninou c. Commission" – Le médiateur européen et la Cour de justice – Un rôle différent, un contrôle différent », *op. cit.*, p. 114.

du droit communautaire. En réalité, il ne s'agit nullement d'éléments de preuve et encore moins d'une présomption de légalité ou d'illégalité dont il est difficilement imaginable que la recommandation soit revêtue et point l'acte administratif initial lui-même.

Par ailleurs, l'on sait aujourd'hui que l'authenticité est généralement admise en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux, en particulier par la Cour de cassation, le Conseil d'État et la doctrine⁵⁶. Mais cette authenticité est par définition limitée, comme pour tout acte authentique. D'une part, elle peut être renversée par une procédure en inscription de faux (sauf le faux évident et manifeste) et, d'autre part, elle est strictement limitée aux constatations *ex propriis sensibus* de la part de l'officier public et rentrant dans les limites de la mission de celui-ci. À savoir en général le fait ou la réalité de l'acte et sa date, à l'exclusion du *negotium*, de la qualification, de l'appréciation discrétionnaire ou encore de la légalité ou de la présomption de légalité. À cet effet, l'agent doit avoir été investi préalablement du pouvoir de constater et les formalités légales qui encadrent celui-ci doivent avoir été respectées.

Il en résulte qu'en ce qui concerne la légalité, un ensemble d'indices précis et concordants est parfaitement suffisant pour renverser la « présomption de légalité » d'un acte devant un juge quelconque, fut-ce à titre incident. Il en va de même de la déclaration d'illégalité (ou de légalité) d'un acte contenu dans une recommandation dont l'autorité soumise à médiation, comme le juge, doivent tenir compte dans leur appréciation et leur motivation. Faire comme si cette déclaration n'existait pas sur ce point reviendrait à nier la mission publique du médiateur institutionnel⁵⁷. La limiter à un simple indice quelconque serait clairement insuffisant.

La force probante de la recommandation du médiateur est en revanche authentique en ce qui concerne les constats⁵⁸ que les textes législatifs habilite expressément celui-ci à faire et qui y seraient repris.

⁵⁶ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, op. cit., n° 287, pp. 372 et 373 et les références citées à la note 811.

⁵⁷ Y compris dans le cadre d'une action en responsabilité civile ou pénale, l'appréciation de la légalité par le médiateur pouvant être prise en compte pour établir la responsabilité de l'autorité décidante ou excuser celle-ci selon le cas (illégalité manifeste, interprétation plus souple et équitable, etc.).

⁵⁸ La déclaration d'illégalité ou de légalité ne peut être assimilée à un constat dans la mesure où le médiateur institutionnel n'a pas reçu pour mission de trancher cette question. Il serait abusif de soutenir le contraire.

Pour mémoire, les pouvoirs d'investigation du médiateur sont considérables. Il peut en règle générale faire toute constatation sur place, selon l'article 15, § 2, du décret du 7 juillet 1998 instaurant le service de médiation flamand ou encore selon l'article 13 du décret wallon, par exemple. Mais il peut aussi se faire communiquer tout document ou renseignement qu'il estime nécessaire, entendre toute personne concernée ou se faire assister par des experts. Inévitablement, la recommandation fera état des résultats de ces investigations.

3. – *La force exécutoire*

En l'absence de véritable force obligatoire de la recommandation, il paraît inimaginable de reconnaître à celle-ci une force exécutoire renforcée (c'est-à-dire le caractère exécutoire par la force) pas même, dans l'état actuel du droit, par l'entremise du juge. Si un juge venait à suivre la recommandation d'un médiateur institutionnel dans la reconnaissance d'une obligation à charge d'une autorité, ce n'est pas à la recommandation que force serait prêtée comme source de droit mais à la loi au sens large telle qu'interprétée par le médiateur puis par le juge et sans que l'intervention préalable du médiateur ne soit requise.

De même, lorsque le législateur écrit qu'il est donné suite à la recommandation du médiateur, que celle-ci est prise en compte ou mise en œuvre, il semble excessif de parler d'exécution de la recommandation comme il est parfois donné de lire en doctrine⁵⁹ même au titre de l'exécution volontaire et en restant dans les clous de la légalité.

4. – *Conclusion intermédiaire*

Il résulte donc des développements qui précèdent qu'en droit belge et de *lege lata* la recommandation du médiateur institutionnel n'ait guère comme telle de force contraignante ou obligatoire et encore

⁵⁹ B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, n° 127, p. 119 dans le contexte particulier des délais de recours juridictionnel en présence d'une médiation : la « prolongation de la suspension du délai de recours pourrait s'avérer utile dans la mesure où le réclamant pourrait conserver un intérêt à introduire le recours au Conseil d'État face à une administration qui ne donnerait pas suite aux recommandations du médiateur ou le ferait de manière insatisfaisante. La prolongation de la suspension du délai jusqu'au bout des quatre mois pourrait ainsi être mise à profit pour que le réclamant s'assure que les recommandations sont exécutées de manière satisfaisante ».

moins exécutoire. Une force probante particulière peut en revanche être reconnue aux constatations faites par le médiateur dans l'exercice de sa fonction, ce qui n'inclut toutefois nullement son appréciation de la légalité de l'acte ou du comportement de l'autorité médiée.

III. – La force de la recommandation *de lege ferenda*

« Juridiquement, tout est possible »⁶⁰.

Francis DELPÉRÉE

Dans ses conclusions d'un colloque consacré au médiateur fédéral et aux réformes nécessaires pour en faire un médiateur consolidé pour le XXI^e siècle en 2011, Bernard Hubeau faisait état d'un débat ayant eu lieu devant le parlement flamand à propos d'une proposition consistant à donner au médiateur « la possibilité d'octroyer une forme d'indemnisation aux citoyens qui ne sont pas “dédommagés” par l'administration bien que leur réclamation ait été considérée comme fondée par le médiateur ; c'est ce que l'on appelle parfois « avoir raison sans obtenir gain de cause »⁶¹. Il s'agissait d'« imaginer des méthodes pour rendre les recommandations *de facto* plus contraignantes que via l'autorité morale, la force de persuasion, le bon sens, l'expertise, etc. ». Cette piste a été abandonnée au motif qu'elle compromettrait la collaboration avec les autorités, une relation qualifiée de « coproduction » – le pédagogue dirait « coconstruction » de solutions légales plus équitables –. C'est que l'indemnisation était vraisemblablement mise à charge desdites autorités, selon ce scénario. Il s'agissait d'une sorte de responsabilité objective ou de contentieux de l'indemnité au sens de l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État dans lequel, pour mémoire, la section du contentieux administratif se prononce en équité par voie d'arrêt... L'idée est intéressante lorsque l'acte ou le comportement de l'autorité est jugé légal par le juge mais non suffisamment équitable et source, à ce titre, d'un préjudice exceptionnel. Les conditions de l'indemnité prévue à l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État

⁶⁰ F. DELPÉRÉE, « Administration et médiation », *op. cit.*, p. 225.

⁶¹ B. HUBEAU, « A strikingly Belgian scheme: un médiateur (fédéral) pour le XXI^e siècle : quelques conclusions », in B. BLERO et F. SCHRAM (dir.), *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21^e siècle : des réformes nécessaires ?*, Limal, Anthemis, 2011, p. 228.

pourraient éventuellement évoluer dans ce sens. Lorsque l'acte ou le comportement de l'autorité est jugé légal après avoir été considéré comme illégal par le médiateur, en revanche, une indemnité serait source d'incohérence, de cacophonie voire d'arbitraire que la fonction du médiateur ne justifie guère⁶².

Peut-être, en fin de compte, la force de la recommandation devrait-elle être à géométrie variable et renforcée dans certaines hypothèses précises à affiner avec l'expérience et le temps. La démarcation entre l'équité et la légalité pourrait s'avérer intéressante de ce point de vue.

On le voit toutefois d'ores et déjà : l'imagination est parfois très fertile pour valoriser l'action médiatrice. Au-delà de la situation en droit belge, il convient de se demander si, de manière générale, la recommandation du médiateur ne mérite pas d'être renforcée d'une manière ou d'une autre.

A. – LE DROIT COMPARÉ

Étonnamment, semble-t-il, le droit comparé n'offre que peu d'enseignements utiles à l'égard du renforcement de la recommandation. Traditionnellement, le pouvoir du médiateur est pluriel. Il est fait d'investigation, de recommandation et de reporting. En ce qui concerne la recommandation, elle est identifiée comme un acte « which do not give rise to a directly enforceable duty to observe but [is] not completely ineffective either » : « a legal [act] with “soft-law character” [...] supposed to achieve effect not through typical state enforcement, but through the ombudsman's special authority, his arguments and his presence in public. The instrument of recommendation expresses the particular character of the ombudsman's function: he is effective neither because of his official authority, nor through confrontation or threats, but due to his power of persuasion and public denunciation. Although from a purely legal perspective this may seem to be a weakness of the ombudsman's powers, from a legal policy point of view it has to be considered as the reason of the ombudsman's practical effectiveness and therefore as his outstanding force. The lack of legally binding character

⁶² Dans le cas contraire, il faudrait au demeurant l'envisager dans le cadre des autres contrôles organisés préventifs ou curatifs (tutelle, avis, etc.).

of recommendations legitimates their exclusion from the control by other state organs, even high courts »⁶³.

L'analyse comparative éditée par G. Kucsko-Stadlmayer en 2008 – que nos recherches n'ont pas permis d'infirmar – montre, en réalité, que la force juridique liée à la recommandation ne vient pas de la recommandation elle-même mais d'autres actes qui peuvent être adoptés par d'autres autorités à commencer par celle impliquée dans la médiation : l'autorité de tutelle, le parlement dont le médiateur relève, fut-ce par le biais d'une recommandation générale ou d'une mention dans le rapport du médiateur à la faveur d'une solution générale. La force de la recommandation n'est donc pas juridique au sens strict du terme, mais plutôt politique. L'avènement de cette force est en revanche formalisé ou « procéduralisé » au travers de dispositifs juridiques destinés à contraindre l'autorité impliquée de prendre position à propos de la recommandation formulée.

En 1995 déjà, M. Verdussen observait à cet égard, selon une perspective de droit comparé, que les recommandations particulières étaient parfois formalisées, comme en Autriche où la recommandation de l'Avocat du peuple donnait huit semaines au fonctionnaire ou au service soit pour s'y conformer soit pour se justifier par écrit⁶⁴. Aujourd'hui, l'on peut constater qu'un nombre important d'États – mais pas tous – imposent une réaction de l'autorité selon des modalités variables parmi lesquelles l'on peut mentionner un certain délai⁶⁵. En Albanie, la recommandation a même un effet suspensif de la mesure administrative soumise à médiation dans l'attente d'une réponse de l'autorité⁶⁶.

⁶³ G. KUCSKO-STADLMAYER (ed.), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, SpringerWienNewYork, 2008, p. 44.

⁶⁴ M. VERDUSSEN, « Le médiateur parlementaire : données comparatives », *op. cit.*, p. 34.

⁶⁵ G. KUCSKO-STADLMAYER (ed.), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, *op. cit.*, p. 46. En France, l'article 25, alinéa 4, de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, autorise celui-ci, à défaut d'effet ou d'information quant aux suites données à ses recommandations, à « enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires ». B. BLERO y voit « plus qu'un simple pouvoir de recommandation » (« Introduction générale », *op. cit.*, p. 13). Mais l'absence de suite à son injonction ne peut donner lieu qu'à l'établissement d'un rapport spécial contradictoire.

⁶⁶ L'article 22 OA (Law 8454-04/02/1999) dispose que les actes concernés par la médiation sont suspendus durant les 30 jours impartis à l'autorité pour s'expliquer ou à partir de l'écoulement du délai de réponse si la recommandation est transmise à l'autorité de contrôle. L'ombudsman est informé de toute réunion au sujet de sa recommandation et a le droit d'y participer. Voy. J. STERN, « Albania », in G. KUCSKO-STADLMAYER (ed.), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, SpringerWienNewYork, 2008, p. 74.

La sanction du non-respect d'une telle obligation, en l'absence de réponse ou en présence d'une justification insuffisante, n'est pas strictement juridique. Elle consiste en la notification du non-suivi à l'autorité supérieure voire au gouvernement, la rédaction d'un rapport au parlement (général ou spécifique) à ce sujet ou la publication de la recommandation, parfois dans les médias, ce qui procure à celle-ci le meilleur effet préventif. Plus rarement, la réaction insuffisante à une recommandation particulière peut être assimilée à la violation d'un droit, un manquement disciplinaire voire dans certains cas une infraction pénale, selon les circonstances.

À suivre les « principes de Venise » sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur dégagés par la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe les 15-16 mars 2019 et entérinés par le Comité des ministres le 2 mai 2019⁶⁷, le cœur de la fonction du médiateur est le pouvoir de recommandation particulière aux organismes relevant de ses compétences. Un pouvoir qui n'est pas assorti d'un « droit juridiquement exécutoire d'exiger [autre chose] des responsables et des autorités qu'ils répondent dans un délai raisonnable fixé par le Médiateur »⁶⁸.

Le seul pouvoir de contrainte du médiateur porte donc à nouveau sur le devoir de réponse imposé au destinataire de la recommandation de manière à forcer celui-ci à prendre position par rapport à celle-ci et donc de la prendre en compte dans son pouvoir décisionnel propre, quitte à constater un désaccord susceptible d'être publiquement rapporté⁶⁹.

Ce pouvoir de contrainte s'ajoute à celui reconnu au médiateur en ce qui concerne son investigation. À cet égard, les principes mentionnent à leur tour que « [l]e Médiateur doit avoir un accès illimité juridiquement exécutoire à tout document, base de données et matériels pertinents, y compris ceux qui pourraient par ailleurs être juridiquement privilégiés ou confidentiels. Cela inclut un accès sans entraves aux bâtiments, aux institutions et aux personnes, également à celles privées de liberté »⁷⁰. Les pouvoirs d'enquête discrétionnaire,

⁶⁷ Commission de Venise, *Principes sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur*, Avis n° 897/2017, CDL-AD(2019)005, p. 5.

⁶⁸ *Ibid.*, pt 17.

⁶⁹ *Ibid.*, pt 20.

⁷⁰ *Ibid.*, pt 16.

de demander la coopération de tout individu ou organisation susceptibles d'assister dans ses enquêtes ou encore d'interroger ou de demander des explications écrites aux responsables et aux autorités ne sont, quant à eux, pas conjugués sur le mode exécutoire.

La Recommandation CM/Rec(2019)6 du Comité des ministres aux États membres sur le développement de l'institution de l'Ombudsman du 16 octobre 2019 souligne également que « [l]es États membres devraient obliger juridiquement tous les destinataires de recommandations de l'institution de l'Ombudsman à fournir une réponse motivée dans un délai approprié »⁷¹.

B. – DES PISTES DE RÉFLEXION

Avec le recul, il paraît souhaitable et opportun de maintenir la force de la recommandation du médiateur au titre de *soft law* et de privilégier une réflexion portant sur les mécanismes de nature à forcer le processus de médiation à se mettre en place et avoir lieu de manière optimale.

1. – *Les motifs intrinsèques de la soft recommandation*

Plusieurs motifs justifient l'absence de force obligatoire de la recommandation du médiateur.

Le premier motif, fondamental et le plus fréquemment avancé, touche à la nature du contrôle « médiationnel »⁷² qui s'accommode mal avec un pouvoir de décision.

Personne ne conteste la nécessité du médiateur conçu comme un mode alternatif de résolution des maladministrations et tout le monde reconnaît sa légitimité qui n'est pas fondée sur le principe de légalité, le principe d'efficacité ou le modèle politique classique. E. Volckrick a par exemple écrit sur ce point que « [l]e médiateur ne traite pas ses conflits par la règle » au nom d'une légitimité communicationnelle délibérative et réflexive faiseuse de consensus à la base

⁷¹ Pt 9.

⁷² 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 », *op. cit.*, pp. 5-6.

avec les administrés en situation⁷³. Dès lors, pourquoi vouloir rattraper par la règle ce qui est traité ailleurs et autrement, c'est-à-dire dans une autre sphère ? Donner force de loi à la recommandation du médiateur reviendrait à balayer d'une main ce qui a été organisé de l'autre. Donner un pouvoir de contrainte au médiateur reviendrait à changer de paradigme et biaiser la posture qui doit être la sienne sans laquelle il finirait par agir comme les autres. La tentation serait grande, le cas échéant, de préférer donner un pouvoir de médiation aux acteurs plus classiques, directement, dans une logique d'économie et de simplification.

Le rôle du médiateur est bien distinct de celui de l'autorité qui décide et de celui du juge qui peut contredire pour ne pas écrire « contre-décider », séparation des pouvoirs oblige. Le rôle du médiateur, comme celui du juge, est certes un rôle de contrôle et de protection, mais dans son cas « de type consensuel, basé sur le dialogue, l'adhésion et la persuasion »⁷⁴ voire l'influence (individuelle mais aussi collective) qui cadrerait mal avec un pouvoir décisionnel, tout simplement parce qu'il n'est pas là pour décider⁷⁵. La persuasion est déjà une force en soi – certes non juridique – mais une force considérable en pratique, parfois plus forte que la force juridique. Ne parlent-on pas de la « force de persuasion » à l'égard de l'autorité concernée mais aussi de la société tout entière ?

⁷³ E. VOLCKRICK, « Médiation institutionnelle et légitimité délibérative », *op. cit.*, pp. 518-523, ici p. 523.

⁷⁴ 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 », *op. cit.*, pp. 5-6. « Si dans [l]a trilogie des Pouvoirs le juge a la mission d'appliquer le droit, l'ombudsman [...] a celle de concilier les points de vue entre administré et administration, tout en exerçant à l'égard de celui-ci un contrôle administratif externe et en rapprochant de par son action consensuelle le citoyen de l'appareil de l'État ». Voy. par ailleurs *supra*, II, B.

⁷⁵ Voy. notamment V. MOORE, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », in « Médiateurs et ombudsmans », *Revue française d'administration publique*, 1992, vol. 64, p. 628 : le médiateur « n'ordonne pas, il persuade » ; M. VERDUSSEN, « Le médiateur parlementaire : données comparatives », *op. cit.*, p. 34 et ici p. 33, note 2 : « [l]e "non-pouvoir" n'est-il pas le propre de la médiation ? » (que ce soit anéantir les décisions, combler les silences, donner des instructions ou injonctions) ; F. DELPÉRÉE, « Le médiateur parlementaire », in F. DELPÉRÉE (éd.), *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 76-77 et la « force de l'office » indépendant ou la « force morale des recommandations » (ils n'ont « d'ordres ou d'injonctions à donner à personne ») ; Th. STIÉVENARD, « Le médiateur dans les communautés et les régions », *op. cit.*, 1995, pp. 100 et 107 et les pouvoirs de décisions relativement restreints sans effet contraignant ; J.-F. SIX, *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 1990, p. 176 : « [i]l faut être très clair sur ce point : même si celui qui vient le voir le désire plus ou moins consciemment, même si le médiateur le souhaite plus ou moins secrètement, aucun pouvoir de décision ne peut jouer dans une médiation ».

Comme l'a écrit P.-Y. Monette, « [l]à où la fonction de remise en cause, de dénonciation et de recommandation de l'ombudsman prend fin, commence celle d'analyse, d'évaluation et de décision du Politique »⁷⁶. Cela vaut pour tous les types de recommandations. « Chacun son rôle, chacun son instrument de contrôle, en sorte qu'un arrêt qui n'attache pas d'effet juridique aux conclusions du médiateur, ne déforce nullement l'autorité de celles-ci vis-à-vis de l'institution à laquelle elles s'adressent »⁷⁷ qui peut d'ailleurs être autre que juridique lorsque le médiateur verse dans le domaine de l'éthique.

Le deuxième motif (lié au premier) vise l'étendue du contrôle : la grille de lecture ou de contrôle du médiateur institutionnel serait plus large que celle du juge administratif ou judiciaire, complémentaire, en manière telle que « le pouvoir de sanction de l'ombudsman est inversement proportionnel à la multiplicité des principes à l'aune desquels il lui appartient de contrôler l'action administrative »⁷⁸ pour garantir un équilibre et relèverait de la *soft law*. « Outre le contrôle de la légalité et, plus largement de la correcte application du droit et au-delà du contrôle de l'excès de pouvoir, l'ombudsman est en effet encore guidé dans [ses fonctions de contrôle et de médiation] par d'autres sources du droit : les sources dites non formelles. Il s'agit d'une part des principes de bonne administration et des principes de bonne gouvernance et d'autre part du principe d'équité. En d'autres termes, au-delà du contrôle de la légalité exercé par le juge, au-delà du contrôle de l'excès de pouvoir assuré par le juge administratif, l'ombudsman est également le contrôleur de la bonne administration, de la bonne gouvernance et celui de l'administration équitable »⁷⁹. Par conséquent, « s'il appartient au juge, avec sanction à la clef, de dire le droit, tout le droit et rien que le droit, agrémenté de créations prétorienne fondamentales pour l'évolution du droit, il appartient à l'ombudsman, au-delà de la légalité, de contrôler la qualité de l'action administrative, d'exhorter l'Exécutif à la bonne administration comme à la bonne gouvernance et, dans des cas exceptionnels, de lui recommander plus d'équité dans ses décisions, sans jamais

⁷⁶ P.-Y. MONETTE, « Pouvoir politique et médiation institutionnelle. Un partenariat aussi difficile qu'indispensable », *C.D.P.K.*, 2006/1, p. 237.

⁷⁷ K. DEWACHTER, « Arrêt "Komninou c. Commission" – Le médiateur européen et la Cour de justice – Un rôle différent, un contrôle différent », *op. cit.*, p. 114.

⁷⁸ 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 », *op. cit.*, p. 6.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 5.

toutefois avoir à la sanctionner. Fort de son pouvoir de recommandation et jouant pleinement son magistère d'influence, on a ainsi vu l'ombudsman, à côté du juge mais de manière plus libre que lui – c'est là une partie non négligeable de leur complémentarité – faire émerger le droit mou (ou *soft law*), un droit non contraignant, dans l'antichambre du droit dur (ou *hard law*) voire du droit positif, un droit contraignant »⁸⁰. La recommandation est, à ce titre, une source d'interprétation du droit de nature à éclairer le juge et le législateur après les parties.

Il faut toutefois observer, sur ce point, que s'il s'agissait du seul motif pour lequel la force obligatoire de la recommandation n'était pas envisageable, il pourrait être imaginé de distinguer le contrôle de légalité et le contrôle d'équité et de réserver formellement celle-ci au premier.

Le troisième motif peut être argué du fait que le médiateur est un organe collatéral du parlement⁸¹ permettant à celui-ci d'exercer utilement ses fonctions de contrôle de l'exécutif et législative au moyen de l'enquête parlementaire, de la motion de méfiance ou de la loi au sens générique du terme. L'absence de force juridique de la recommandation est de la sorte compensée – plus exactement prolongée – par ces outils juridiques précis dans un contexte de séparation (il est vrai relative) des pouvoirs.

Certes, le médiateur institutionnel exerce un contrôle de légalité⁸² mais il est loin d'être le seul à le faire car, en réalité, tous les acteurs

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁸¹ S.L.C.E., avis du 8 décembre 1993 sur un projet de loi « instaurant un médiateur », *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 1436-1, p. 15 : « une autorité quasi parlementaire qui exerce des activités collatérales à celles de la Chambre des représentants » (certes pour déterminer l'autorité compétente pour fixer un régime linguistique pour le médiateur mais en précisant p. 21 qu'il « n'appartient pas à l'autorité quasi parlementaire d'interférer, fût-ce par conciliation, dans l'examen de ces recours » contentieux).

⁸² Voy. not. R. ANDERSEN, « Conclusions générales », *op. cit.*, n° 9, pp. 267-268 ; M.-J. CHIDIAC, « À propos des recours administratifs et démarches préalables précédant la saisine du médiateur : analyse des articles 9, 10 et 11 du décret du 22 décembre 1994 portant création de l'Institution de médiateur de la Région wallonne », *op. cit.*, p. 150 ; P. LEWALLE, avec la collab. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 206, pp. 240 et 241 ; M. VERDUSSEN, « Le médiateur parlementaire : données comparatives », *op. cit.*, pp. 30 et 31 (pp. 28 à 35) ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, pp. 30-31 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, n° 37, p. 257 ; 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 », *op. cit.*, pp. 7-15, malgré les propos du ministre de l'Intérieur lors de la discussion de la proposition de loi et comme le prévoit le Règlement d'ordre intérieur du Collège des médiateurs fédéraux approuvé par la Chambre des représentants (pp. 9-10).

du droit administratif sont appelés à contrôler – au sens d'apprécier ou évaluer – la légalité des actes administratifs mobilisés par un cas concret, en ce compris les autorités et administrés concernés, voire à refuser l'application d'un acte incident illégal lorsque cela se justifie⁸³, sans pour autant que la « décision » prise à cet égard soit obligatoire ou opposable.

Au demeurant, l'on peut se demander si la faculté de contraindre à suivre une recommandation n'aurait pas un effet préjudiciable sur la force d'imagination déployée par le médiateur pour proposer des alternatives ou des solutions structurelles dans les cas rencontrés.

Le quatrième motif serait tiré de l'histoire, plus exactement de la première expérience menée en la matière dans le monde en Suède au début du dix-neuvième siècle⁸⁴. C'est évidemment le moins convaincant.

2. – *La voie de la procéduralisation*

Si l'on conçoit que la force de la recommandation se limite à l'autorité du médiateur, alors convient-il de réfléchir aux mécanismes formels et procéduraux de nature à renforcer le processus de médiation lui-même, c'est-à-dire la formalisation ou la procéduralisation de la médiation institutionnelle dans la législation. C'est toute la nuance entre l'influence et la décision, le mécanisme de pression pour amener une décision unilatérale inspirée et la décision unilatérale elle-même.

À l'heure actuelle, les mécanismes imaginés en droit belge ou en droit comparé à cet égard tiennent dans la faculté pour le médiateur de publier un rapport (particulier ou général) ou dans l'imposition, parfois par le médiateur lui-même, d'un délai de réponse motivée à sa recommandation.

⁸³ Voy. R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 23-99. Selon notre définition, la légalité inclut le respect des principes généraux du droit administratif dont font partie les principes de bonne administration. De manière générale, voy. M. NIHOUL, « L'adaptation de l'article 159 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 2020/3, à paraître.

⁸⁴ 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 », *op. cit.*, p. 6, citant A. LEGRAND, *L'ombudsman scandinave. Études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 15-119. Un système de dénonciation des abus de droit par l'ombudsman y aurait précédé le contrôle juridictionnel des abus de pouvoir de l'administration royale par les cours et tribunaux.

La sanction du défaut de réponse n'existe pas toujours et tient, le cas échéant, dans la publication de la recommandation⁸⁵ à nouveau (avec droit de réponse éventuel⁸⁶) – ce qui s'apparente davantage à un moyen de pression – fut-elle qualifiée de « certaine »⁸⁷ –, ou le constat d'une décision de rejet implicite susceptible de recours⁸⁸ par application ou à l'instar de l'article 14, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

En Communauté flamande, le pouvoir du médiateur est augmenté⁸⁹ par la faculté reconnue à celui-ci de faire rapport au ministre flamand fonctionnellement compétent au sujet de son désaccord avec la décision prise à charge pour ledit ministre de motiver solidement et de manière détaillée les raisons pour lesquelles la recommandation ne peut être suivie dans les quarante jours. La note du ministre peut encore être communiquée au parlement par le médiateur, mais sans pouvoir de substitution.

Il peut être envisagé d'aller plus loin encore en termes de sanction en privant d'effet la décision faisant l'objet de la médiation jusqu'à ce qu'une réponse soit donnée comme en Albanie⁹⁰ ou de rendre plus efficace la publicité des rapports en l'adaptant par exemple à la réalité contemporaine des réseaux sociaux ou encore d'imposer la tenue d'une réunion de conciliation en présence du médiateur – voire de l'autorité de tutelle (éventuellement dans un second temps) lorsqu'elle existe – afin de permettre à l'autorité du médiateur de s'exercer physiquement.

⁸⁵ Comme le prévoient les décrets wallons, et de Wallonie-Bruxelles et germanophone, en ce compris pour le non suivi motivé mais non satisfaisant de la recommandation. Les décrets wallons et de Wallonie-Bruxelles prévoient encore cette faculté de publication dans l'hypothèse où l'autorité ou le service ne se conforme pas à l'injonction faite par le médiateur d'exécuter une décision de justice coulée en force de chose jugée (art. 15, § 5, de l'accord de coopération du 3 février 2011).

⁸⁶ L'autorité ou service administratif peut en effet rendre publique la réponse faite et, le cas échéant, la décision prise en Région wallonne Communauté française.

⁸⁷ B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, n° 81, p. 97.

⁸⁸ Voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, n° 62, p. 277. Voy. aussi l'art. 14, al. 4, des décret et ordonnance conjoints du 16 mai 2019 « relatifs au médiateur bruxellois » (commenté plus haut à l'aide des travaux préparatoires) établissant une présomption de refus de mise en œuvre de la recommandation imposant une réponse motivée reprenant les raisons de ce refus et engageant la responsabilité de l'autorité ou du service, tout comme l'absence de réponse ou justification.

⁸⁹ Selon l'expression de B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, n° 82, p. 98.

⁹⁰ Voy., *supra*, II.A.

D'autres effets peuvent encore être imaginés susceptibles cette fois de renouer avec la force obligatoire. L'on vise en particulier un dispositif implicite de nature *décisionnelle* – pour renouer avec l'énoncé – non plus de rejet en l'absence de réponse mais au contraire d'approbation. Autrement dit une « décision implicite d'accueil »⁹¹ ou « décision implicite d'approbation »⁹² que l'on connaît en droit français⁹³.

Un tel dispositif n'est pas gagné d'avance et déjà très contesté dans le chef des administrations pour les décisions à prendre sur demande du citoyen, habituées qu'elles sont à l'unilatéralité pure et dure. En même temps, il faut observer que la situation est ici très différente dans la mesure où il ne s'agit pas d'une demande introduite par un administré mais d'une recommandation adressée par le médiateur institutionnel⁹⁴.

Il a le mérite d'exister déjà en législation mais dans des cas très particuliers de médiation dans les entreprises publiques autonomes dont la spécialité est beaucoup plus définie que pour les collectivités politiques classiques et à l'égard des recommandations faites aux opérateurs ou fournisseurs de services, lesquels ne sont pas des autorités publiques classiques aux pouvoirs très limités.

Ainsi, l'article 43bis, § 5, alinéa 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réformes de certaines entreprises publiques économiques dispose pour le secteur des télécommunications que l'entreprise concernée dispose d'un délai de vingt jours ouvrables pour motiver sa décision, à l'égard du plaignant et du service de médiation, au cas où elle ne suivrait pas la recommandation, augmenté de 20 jours supplémentaires après rappel, au terme de quoi, « [p]ar le non-respect des délais visés aux alinéas précédents, l'entreprise concernée s'engage à exécuter la recommandation pour ce qui est de l'intervention spécifique et personnelle au plaignant concerné » – « à appliquer l'avis

⁹¹ D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, n° 62, p. 277, note 170.

⁹² Voy., hors contexte de la médiation, M. NIHOUL, « Le silence est-il Roi lorsqu'il vaut acceptation ? », in *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 591-608 ; O. LE BOT, « Le principe "silence de l'administration vaut acceptation" en droit français : mythe ou réalité ? », *C.D.P.K.*, 2014/4, pp. 677-682 ; M. NIHOUL, « Qui ne dit mot consent : pour l'administration aussi ? », *La Libre Belgique*, 21 avril 2015, pp. 54-55.

⁹³ Voy. l'art. L.231-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

⁹⁴ Il est permis d'observer que le rejet de la réclamation a, quant à lui, force obligatoire à l'égard de l'administré.

pour ce qui est du dédommagement spécifique et personnel au plaignant concerné » pour le secteur postal selon l'article 43^{ter}, § 6, alinéa 3, de la même loi –.

Un tel mécanisme serait déjà plus respectueux des missions et compétences respectives de chacun par comparaison avec celui d'une force obligatoire directement inhérente à la recommandation du médiateur. Le mécanisme est en effet fondé sur l'adage « qui ne dit mot consent ». Par son silence, l'autorité fait sienne la recommandation du médiateur laquelle échappe à celui-ci. En pratique, il est toutefois à craindre que ce silence ne soit pas toujours volontaire et encore moins délibéré. En France, où le système était censé devenir la règle dans les rapports entre citoyens et administration, les exceptions ont été multipliées au point qu'il est devenu l'exception réservée aux décisions secondaires présentant des enjeux réduits. Pour être efficace, un tel système requiert à notre estime une forte numérisation afin de sécuriser les procédures.

Une autre alternative encore pourrait être, le cas échéant, de prévoir l'homologation préalable par le juge⁹⁵ de la recommandation restée sans réponse afin de lui donner forces obligatoire et exécutoire, à l'instar de ce qui est prévu en matière de médiation para-judiciaire lorsqu'un accord intervient entre les parties⁹⁶, par une sorte de « question pré-décisionnelle »⁹⁷ ou de procédure de confirma-

⁹⁵ Le médiateur flamand est déjà appelé à assister les victimes de discrimination lors du traitement des plaintes et surtout agir en justice dans ce cadre avec l'accord de celles-ci. Voy. l'art. 17^{quater} du décret du 7 juillet 1998 instaurant le service de médiation flamand.

⁹⁶ L'article 1724 du Code judiciaire, tel qu'inséré par la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, a ouvert la médiation judiciaire aux personnes morales de droit public. Rem., sur ce point, E. JACUBOWITZ et Cl. CAILLET, « Actualités du contrôle de l'administration à travers la médiation processuelle », in D. RENDERS (dir.), *Actualités du contentieux administratif*, coll. Formation permanente CUP, n° 197, Limal, Anthemis, 2020, nos 64 et 65, pp. 338 et 339 mais aussi n° 61, p. 338 où les auteurs soulignent qu'en toute hypothèse il est interdit à une administration de renoncer à son pouvoir unilatéral de décision en manière telle que la décision finale reste dans les mains de l'autorité compétente. Alors que l'homologation est en principe de nature à faciliter l'exécution forcée de l'accord si celui-ci n'était pas respecté par l'une des parties, les choses seront moins claires en matière non patrimoniale et unilatérale s'agissant des personnes morales de droit public. Avant 2018, voy. déjà, dans ce sens, D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, p. 311, n° 111 ; B. CAMBIER 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, pp. 275.

⁹⁷ C'est-à-dire une question permettant d'habiliter le médiateur à adopter une véritable décision précisément libellée. À noter que l'idée de permettre au médiateur institutionnel de poser une question préjudicielle est déjà ancienne afin de départager les interprétations divergentes entre le médiateur et l'autorité (voy. not. B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », *op. cit.*, n° 56, pp. 86-87). L'expression n'est

tion⁹⁸, idéalement selon une procédure abrégée. Ou selon une perspective inverse du contentieux en permettant à l'autorité d'introduire un recours suspensif dans un certain délai devant le juge pour pallier un silence involontaire lorsqu'il est constaté à l'occasion de la mise en œuvre de la décision sur recommandation.

Pour mémoire, la reconnaissance d'une force juridique à la recommandation ferait de celle-ci potentiellement un acte de nature à faire grief et donc susceptible de recours devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État (nécessairement d'un recours effectif pour satisfaire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme) à articuler avec les autres contentieux. Par ailleurs, la responsabilité éventuelle du médiateur n'en serait que plus exposée. Cette question-là se situe toutefois en dehors du périmètre imparti.

Une indemnité pourrait être due par l'autorité lorsqu'elle ne répond pas à la recommandation du médiateur ou n'y donne pas suite sans motivation suffisante et adéquate.

Un tel procédé ne pourrait se concevoir que dans les limites de la légalité que l'équité ne pourrait justifier de violer⁹⁹, de même que l'idée qui a encore été émise de conférer à la recommandation particulière du médiateur une portée exonératoire de la responsabilité personnelle du fonctionnaire compétent en ce compris les receveurs ou directeurs financiers lorsque ceux-ci suivent la recommandation¹⁰⁰.

À l'inverse, un dispositif plus expéditif ou contraignant pourrait peut-être se justifier en cas d'illégalité manifeste constatée par le

toutefois pas appropriée dès lors que le médiateur n'est pas habilité à juger. De tels mécanismes ne sont pas sans poser des difficultés de principes en termes de séparation des pouvoirs ou d'indépendance et d'impartialité du juge si celui-ci est saisi *a posteriori* d'une contestation en tout ou partie préjugée. La saisine pure et simple du juge serait probablement plus adaptée. Elle est au demeurant recommandée par les Principes de Venise : « À la suite d'une enquête, le Médiateur doit, de préférence, disposer du pouvoir de contester la constitutionnalité de lois et de règlements ou d'actes administratifs généraux. Le Médiateur doit de préférence pouvoir intervenir devant les organismes juridictionnels et tribunaux compétents. [...] » (principe 19).

⁹⁸ Par comparaison avec la loi de confirmation qui valide les arrêtés de pouvoirs spéciaux en leur procurant une nature législative.

⁹⁹ Sous peine de donner au médiateur un permis d'illégalité.

¹⁰⁰ 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 », *op. cit.*, p. 29 (s'agissant du contrôle d'équité).

médiateur¹⁰¹, laquelle pourrait donner lieu à une comparution immédiate de l'autorité devant le juge¹⁰².

CONCLUSION

« La véritable force commence
par la sagesse »¹⁰³

Jean VAN HAMME

L'on comprend aisément la frustration que peut générer le constat de recommandations non suivies d'effets malgré la débauche d'énergie consacrée à la médiation. Il est d'ailleurs de bonne gestion de s'interroger constamment au sujet du rapport entretenu entre l'énergie consacrée à une fonction et les résultats obtenus en exerçant celle-ci d'une manière déterminée. Si les résultats sont inversement proportionnels à l'énergie et aux moyens déployés, la courbe constatée montre que quelque chose doit changer. Or, les recommandations des médiateurs institutionnels semblent plutôt bien suivies à l'heure actuelle¹⁰⁴. Néanmoins, la tentation reste grande, lorsqu'on est convaincu du bien-fondé des solutions proposées, de militer en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de contrainte¹⁰⁵ plus immédiat susceptible d'y remédier, quitte à voir sa propre responsabilité davantage exposée.

¹⁰¹ L'illégalité manifeste justifie déjà la procédure abrégée devant le Conseil d'État tout comme le caractère manifestement non fondé d'une réclamation permet au médiateur de justifier son refus de la traiter. L'hypothèse de la légalité manifeste ne paraît en revanche guère reçue en procédure administrative comme si elle n'était pas crédible au regard de la complexité du droit. Une réflexion mériterait d'être menée à ce sujet.

¹⁰² Certaines contributions du présent ouvrage s'inscrivent dans cette logique où le médiateur saisit la justice. Il ne pourrait s'agir d'une question préjudicielle puisque le médiateur ne juge pas. Par comparaison, une autorité de tutelle non plus n'est pas habilitée à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

¹⁰³ J. VAN HAMME, *Thorgal - La magicienne trahie* (1996).

¹⁰⁴ B. HUBEAU, « A strikingly Belgian scheme : un médiateur (fédéral) pour le XXI^e siècle : quelques conclusions », *op. cit.*, 2011, p. 228. En témoignent les rapports annuels des médiateurs.

¹⁰⁵ Rem., en particulier, B. HUBEAU, *ibid.*, pp. 221, 222 et 232 : un médiateur ne pourrait pas travailler correctement si aucune contrainte ne peut être exercée pour concrétiser ses recommandations et le cas échéant le citoyen n'en tirerait qu'un avantage indirect – s'agissant vraisemblablement des recommandations générales – « car son dossier est généralement définitivement clôturé lors de la concrétisation de la recommandation ».

Certes, théoriquement, tout est possible ou presque sur le plan juridique¹⁰⁶, même si tout n'est pas permis pour autant. Reconnaître un effet décisif à la recommandation du médiateur, en particulier, requerrait la consécration de la médiation dans la Constitution et l'exercice d'un tel pouvoir – fût-il indirect –, conformément aux articles 33, alinéa 2, et 108 de la Constitution¹⁰⁷, de même que l'organisation d'un recours effectif devant une juridiction.

Encore faut-il se demander toutefois, préalablement, si la reconnaissance d'une force obligatoire dans la recommandation du médiateur institutionnel est effectivement souhaitable et rappeler en toute hypothèse, à cet égard, la limite infranchissable de la légalité, laquelle inclut déjà des notions juridiques souples permettant de faire bon ménage et de s'en accommoder. Il serait à la réflexion trop facile de permettre au médiateur d'imposer des solutions qui s'écarteraient de la légalité alors que celle-ci est particulièrement contraignante pour les citoyens investis de prérogatives publiques dont à l'évidence l'extrême minorité, si seulement elle existe, préfère la légalité à l'équité pour oeuvrer, à commencer par les juges.

À l'heure actuelle, *de lege lata*, la recommandation du médiateur institutionnel n'a guère comme telle de force contraignante ou obligatoire et encore moins exécutoire, que ce soit en législation, en doctrine ou en jurisprudence. Seule une force probante particulière peut être reconnue aux constatations faites par le médiateur dans l'exercice de sa fonction, ce qui n'inclut toutefois nullement son appréciation de la légalité de l'acte ou du comportement de l'autorité médiée à l'origine de la médiation. Le droit comparé ne plaide guère en faveur non plus d'une force obligatoire, *de lege ferenda*, et à notre estime, donner force juridique obligatoire à la recommandation n'est pas souhaitable dans le contexte institutionnel actuel. Une telle initiative aurait vraisemblablement pour effet de dénaturer la fonction de médiation, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, en conférant

¹⁰⁶ Rapp. F. DELPÉRÉE, « Administration et médiation », *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁷ Rapp. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, p. 367 faisant état d'une demande du Collège des médiateurs fédéraux dans ce sens. En toute hypothèse, la consolidation constitutionnelle des médiateurs institutionnels est souhaitable et souhaitée. Voy. spéc. Rh. BOUSTA, « Les enjeux de la constitutionnalisation des ombudsmän » et J. SAUTOIS, « La consolidation constitutionnelle. Modalités et enjeux de la constitutionnalisation du médiateur », in B. BLERO et F. SCHRAM (dir.), *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21^e siècle : des réformes nécessaires ?*, Limal, Anthemis, 2011, resp. pp. 27-48 et 49-71.

au médiateur une posture incompatible avec celle-ci et à augmenter encore le déficit de confiance parfois constaté dans la population à l'égard des administrations. Le cas échéant, la recommandation mériterait d'ailleurs de « changer de nom » pour coller avec la réalité ou ne pas trop s'écarter du sens usuel du mot.

C'est que la force de la recommandation n'est pas une simple modalité d'intervention du médiateur institutionnel sans portée sur la nature véritable du rôle que celui-ci est appelé à jouer. Il s'agit d'une modalité déterminante, consubstantielle avec la fonction de médiation.

Or, ce n'est pas parce que la recommandation est dépourvue de force obligatoire intrinsèque qu'elle ne vaut pas tripette. La force du médiateur n'est pas non plus conditionnée par celle de sa recommandation. Ses pouvoirs d'investigation sont ceux d'un juge et font de lui l'intercédant armé¹⁰⁸ du citoyen : ses décisions ont, sur ce point, force obligatoire¹⁰⁹. Son pouvoir est aussi fait de communication, à laquelle les responsables politiques ne sont pas les moins sensibles : il est une sorte de lanceur d'alerte institutionnalisé. Sa force est encore faite de persuasion et d'imagination faisant de lui une force de proposition. Sa force est avant tout inhérente à lui-même : l'autorité qu'il acquiert par la pertinence concrète de ses propos, le réseau de ses relations et sa capacité à entrer en relation avec les acteurs. Sa véritable force se mesure au suivi de ses recommandations, en réalité, sans oublier que, le cas échéant, la qualité de l'action administrative s'en trouve également renforcée. C'est en cela que la médiation pourtant institutionnelle est « un type informel de protection juridique »¹¹⁰. Le rôle du médiateur est de « rompre le cycle commandement-obéissance », résume-t-on parfois en doctrine¹¹¹. Ce n'est pas pour le repro-

¹⁰⁸ À l'instar de l'huissier qui est le bras armé de l'avocat, mais avec davantage d'indépendance encore.

¹⁰⁹ Voy. G. KUCSKO-STADLMAYER (ed.), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, op. cit., pp. 39-44.

¹¹⁰ Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1284-2, p. 2 : « Si l'on estime parfois que saisir le juge est une manière formelle de recourir à la protection de la justice, on peut considérer que la médiation est un type informel de protection juridique ». *Adde* un membre p. 3 : « un médiateur a une fonction charnière, puisqu'il est l'interlocuteur, en même temps, du citoyen, de l'Administration et du pouvoir législatif. Vis-à-vis du citoyen, il remplit un rôle de protection. Au Québec, le médiateur s'appelle d'ailleurs le « protecteur du citoyen », le délégué du pouvoir législatif, et non du pouvoir exécutif. Enfin, il entretient des contacts étroits avec les services publics. La spécificité du médiateur tient aussi à la nature de sa fonction. Il n'est pas un juge, mais un intermédiaire ». *Adde* p. 12 : « le médiateur a principalement une autorité morale. Il n'est ni un juge ni une autorité administrative » – le ministre comparant l'influence du médiateur à celle de la Cour des comptes –.

¹¹¹ F. DELPÉRÉE, « Administration et médiation », op. cit., p. 220.

duire ailleurs... en sens unique vis-à-vis de l'autorité, laquelle, avec le recul, porte bien son nom...

En même temps, il est indispensable de donner au médiateur institutionnel les moyens de jouer son rôle d'influenceur. La force obligatoire peut, dans ce cadre, contribuer à garantir l'effectivité de ses pouvoirs d'investigation mais aussi, pourquoi pas, contraindre les autorités impliquées à jouer pleinement le rôle de la médiation et surtout à davantage encore tenir compte des recommandations qui leur sont adressées. Force doit revenir à la médiation sur ces deux plans. Ni plus ni moins. C'est dans cet esprit que plusieurs propositions ont été faites ou rappelées, allant de la plus grande implication de l'autorité de tutelle éventuelle à la décision implicite d'approbation, en l'absence de réponse voire de prise en compte de la recommandation, en passant par la suspension d'effet provisoire de l'acte litigieux (le cas échéant), la publicité sur les réseaux sociaux, le paiement d'une indemnité ou la possibilité pour le médiateur institutionnel de saisir un juge à la faveur du citoyen...

En réalité, le médiateur institutionnel est loin d'être le seul à s'exprimer sans contrainte et sans pouvoir de contrainte. La section de législation du Conseil d'État aussi, pour prendre un exemple significatif touchant à une fonction de contrôle et de recommandation. En pratique, ses avis ne sont pas toujours suivis par les autorités auxquelles ils sont destinés, ni partagés par la section du contentieux et surtout par les juges judiciaire ou constitutionnel. C'est que le droit et la légalité sont loin d'être une science exacte et ces avis comme les recommandations éclairent généralement ceux-ci par leur pertinence et leur expérience. À un moment donné, cependant, il faut bien que quelqu'un tranche. Dans une société démocratique, ce rôle revient généralement au juge. Ajouter une couche décisionnelle à la lasagne contentieuse administrative rendrait le plat trop complexe et trop copieux. Cela aurait pour effet d'accentuer encore la dualité juridictionnelle et juridique qui résulte de la coexistence en Belgique d'un pouvoir judiciaire, d'un Conseil d'État et d'une Cour constitutionnelle dont les jurisprudences ne s'accordent déjà pas toujours sur des points pourtant fondamentaux et point seulement en ce qui concerne l'identification des principes généraux du droit administratif contraignants.