

N^{os} 5428¹**5517³****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROPOSITION DE LOI**portant réglementation de l'activité d'assistant maternel****PROJET DE LOI****portant réglementation de l'activité d'assistance parentale**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(24.10.2006)

Par dépêche du 27 octobre 2005, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi sous objet, élaboré par la ministre de la Famille et de l'Intégration.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles. Le Conseil d'Etat ignore si des chambres professionnelles ont été consultées en la matière, alors qu'au moment de l'adoption du présent avis aucune prise de position de la part d'une chambre professionnelle ne lui était encore parvenue, exception faite de l'avis émis le 28 septembre 2006 par la Chambre des employés privés qui s'était autosaisie du dossier. Le Conseil d'Etat a eu connaissance de cet avis sous la forme du document parlementaire No 5517² diffusé le 19 octobre 2006. Par ailleurs, il s'est vu communiquer l'avis du 22 avril 2005 du Comité du Travail Féminin par dépêche du 30 décembre 2005.

Le Conseil d'Etat avait encore été saisi par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 21 janvier 2005 d'une proposition de loi déposée le 18 janvier 2005 par le député Claude Meisch. Cette proposition de loi, intitulée „proposition de loi portant réglementation de l'activité d'assistant maternel“ (cf. *doc. parl. No 5428, sess. ord. 2004-2005*) a, tout comme le projet de loi précité, pour objet de créer un cadre légal minimal dans lequel est censée évoluer à l'avenir l'activité de prise en charge par des „Dageselteren“ d'enfants dont les parents n'ont pas la possibilité de s'occuper eux-mêmes, pour autant que la prise en charge d'enfants visée n'est pas couverte par le règlement grand-ducal du 29 mars 2001 ayant pour objet de fixer les conditions et formalités pour l'obtention de l'agrément pour l'activité d'accueil et d'hébergement de jour et/ou de nuit de plus de trois et moins de huit mineurs d'âge simultanément au domicile de celui qui l'exerce, prévu par la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique (Mém. A-No 82 du 24 septembre 1998).

Comme tant le projet de loi que la proposition de loi poursuivent la même finalité, le Conseil d'Etat entend y prendre position dans un seul et même avis.

*

La Convention relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 sous l'égide des Nations Unies et approuvée par la loi du 20 décembre 1993 identifie dans son préambule la famille comme „unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de ses membres, et en particulier des enfants,“ et retient qu'à ce titre elle „doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour jouer pleinement son rôle dans la communauté“. Il est évident que le terme de famille

doit être compris comme comprenant à côté de la forme traditionnelle d'un couple éduquant un ou plusieurs enfants communs d'autres formes telles que les familles recomposées et les familles monoparentales.

La référence que le texte international, considéré par ailleurs comme charte essentielle des droits de l'enfant, réserve au rôle de la famille, ne fait en somme que confirmer que la famille, dans les formes diverses sous lesquelles elle est connue de nos jours, constitue la cellule primaire naturelle de la vie en société, fondée sur l'assistance mutuelle, la solidarité et le respect réciproque entre les membres qui en font partie.

Dans le passé, la répartition des tâches économiques et sociales était bien définie dans la famille réunissant très souvent jusqu'à trois générations sous un même toit. La division du travail et les responsabilités relevant de chaque génération, voire de chaque membre étaient censées fournir un dénominateur commun approprié entre l'activité économique de la famille destinée à assurer sa subsistance matérielle et les obligations sociales de protection et d'assistance vis-à-vis de ceux de ses membres qui de par leur âge et leur condition physique ne pouvaient plus ou ne pouvaient pas encore subvenir eux-mêmes à leurs besoins.

Sous l'effet de l'évolution sociologique et économique, la famille s'est au fil du temps mutée en une communauté plus petite composée des parents et de ceux de leurs enfants qui dépendaient encore économiquement d'eux. Sous l'angle de vue économique, la famille moyenne a bien longtemps fonctionné selon le modèle du „Male Breadwinner“, le rôle de la femme se focalisant sur les tâches du ménage et l'éducation des enfants.

Or, ce modèle familial est ébranlé depuis plusieurs décennies sous l'effet d'un autre phénomène qui a imprégné la sociologie familiale actuelle et qui tient à l'émancipation juridique et économique de la femme mariée et à son accès généralisé à la vie professionnelle.

Cette double évolution a évidemment laissé son empreinte sur les besoins d'encadrement de la famille où la façon adéquate d'assurer la prise en charge et l'éducation des enfants est devenue un défi majeur.

Elle ne constitue pas seulement une nouvelle donne sociologique, car sur le plan démographique et économique elle est loin d'être neutre. Dans „Enjeux politiques de la famille“ (Bayard, 1998) les auteurs Claude Martin et Jacques Commaille notent que les pays européens où les femmes ont le plus de facilités pour accéder à une vie professionnelle sont aussi ceux où la fécondité est la plus forte, pour conclure que le travail des femmes en devient un moteur pour la natalité¹. Nonobstant cette nouvelle réalité qui est documentée par les statistiques sur la relation taux d'activité des femmes/fécondité et qui donne en la matière un avantage clair aux pays scandinaves, la mentalité collective reste à de nombreux égards réticente à en accepter les conséquences sur le plan sociétal, économique et social. Ainsi en Allemagne, 40 pour cent des femmes ne retournent pas au travail après avoir eu leur premier enfant bien qu'elles soient 62 pour cent à le souhaiter².

Dans le cadre du présent avis, le Conseil d'Etat n'entend pas entrer dans la discussion sur les conséquences à tirer, le cas échéant, en ce qui concerne l'adaptation du droit de la famille et du droit du travail pour tirer pleinement avantage de la situation décrite. Il estime pourtant que si les initiatives politiques utiles en la matière reviennent au Gouvernement, la mise en œuvre des conditions-cadres susceptibles d'y donner un contenu concret demandent aussi l'intervention active des partenaires sociaux ainsi que des collectivités locales.

Quant aux possibilités dont disposent les parents pour assurer la garde de leurs enfants en bas âge, celles-ci peuvent revêtir différentes formes.

D'une part, la loi modifiée du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998 (Mém. A-No 13 du 23 février 1999) a introduit le congé parental qui permet à l'un des parents de s'occuper à plein temps pendant 6 mois ou à temps partiel pendant 12 mois de l'éducation de l'enfant. Le rapport d'activité 2005 du Ministère de la Famille et de l'Intégration montre que cette forme de congé exerce un attrait croissant sur les bénéficiaires potentiels. Plus de 30.000 congés parentaux avaient été accordés fin 2005, le nombre de nouvelles autorisations de congé délivrées étant en progression constante depuis l'introduction du congé parental. Dans 95 pour cent des cas, c'est à la mère qu'est accordé le congé parental suite à la naissance (ou l'adoption) d'un

1 cf. édition „Le Monde“ du 27 janvier 2006

2 cf. dossier „Familie & Beruf“ publié dans l'édition de „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ du 12 avril 2006

premier enfant, tandis que le „deuxième“ congé parental est dans plus des trois quarts des cas accordé au père. Or, trois congés parentaux sur quatre concernent un „premier“ congé.

D'autre part, pour bénéfique qu'il puisse être pour l'encadrement de l'enfant en bas âge, le congé parental est loin de couvrir l'intégralité de la durée d'éducation requérant la présence d'un adulte dans l'entourage immédiat de l'enfant.

Il existe certes la possibilité offerte par la loi à des parents actifs salariés de prendre dans des cas déterminés un congé sans solde en vue d'assumer eux-mêmes l'éducation de leurs enfants. Or, lorsqu'ils ne veulent pas abandonner temporairement ou partiellement leur emploi et les perspectives de carrière et de promotion qui y sont fréquemment liées, les parents dépendent normalement de l'aide de tiers pour assurer la garde de leurs enfants mineurs pendant le temps où ils sont au travail. En effet, les cas où il est possible d'adapter les horaires de travail de sorte à assurer une présence continue auprès des enfants par au moins un des parents (possibilité de toute façon écartée dans le cas d'une famille monoparentale) ou de permettre le travail à domicile susceptible d'harmoniser activité professionnelle et garde d'enfants demeurent trop rares pour le moment.

Quant au cadre à créer en matière de garde d'enfants en vue de mieux pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, il est intéressant de renvoyer à l'enquête effectuée sur la question par le Centre d'Etudes de Populations, de Pauvreté et de Politiques Socio-Economique³ qui complète une autre étude réalisée par le même Institut en février 2005 et mentionnée dans l'exposé des motifs joint au projet de loi sous avis.

Il en résulte que la moitié des enfants âgés de moins de 12 ans vivent dans un ménage où la mère travaille (soit environ 35.000 enfants). Un tiers ne nécessite pas de garde extérieure parce que leurs parents ont su adapter l'organisation de la vie familiale et leurs horaires de travail aux besoins de garde. Quant aux deux tiers restants, la grande majorité sont régulièrement gardés par des tiers. La garde est assumée dans 46 pour cent des cas par les grands-parents, d'autres membres de la famille, des amis ou des voisins. 31 pour cent sont placés dans des structures d'accueil collectif (crèches, foyers de jour, garderies) et 23 pour cent sont confiés à des personnes rémunérées pour ce service (baby-sitter, employée de maison, „mère de jour“). La forme de la prise en charge des enfants non encore scolarisés dans une structure d'accueil collectif (39 pour cent) est proportionnellement plus fréquente que la garde de leurs aînés en âge de scolarisation (25 pour cent) où le recours à la sphère privée (50 pour cent) ou à une personne rémunérée (25 pour cent) a l'avantage. En outre, le mode de garde diffère selon la durée de travail de la mère. Ainsi plus d'un enfant sur deux dont la mère exerce un travail à temps partiel est confié à la sphère privée, contre un tiers dont la mère travaille à plein temps. Les enfants d'une mère travaillant à plein temps sont deux fois plus souvent gardés par une personne rémunérée (32 pour cent contre 16 pour cent). En général, l'aide apportée par l'entourage semble davantage répondre à des besoins de garde ponctuels. Enfin, le fait pour la mère de travailler à temps plein ou à temps partiel reste sans incidence sur le placement de l'enfant dans une structure d'accueil collectif (30 pour cent).

Dans les ménages comptant plusieurs enfants à garder, le recours à une personne rémunérée est plus fréquent (27 pour cent) que s'il y a un seul enfant à garder (18 pour cent), situation dans laquelle le placement dans une structure d'accueil collectif semble être préféré (36 pour cent contre 27 pour cent). La garde du ou des enfants dans la sphère privée est par contre la même (46 pour cent), quel que soit le nombre d'enfants à garder.

Quant au statut matrimonial de la mère, la garde dans une structure d'accueil collectif est plus fréquente pour les enfants d'une famille monoparentale (48 pour cent contre 27 pour cent pour les familles vivant en couple), rapport reflétant entre autres aussi la priorité d'admission réservée aux enfants issus de familles monoparentales. La garde en sphère privée est retenue pour seulement un tiers des enfants dont la mère n'a pas de conjoint, contre près de la moitié des enfants dont la mère vit en couple.

Le mode de garde semble enfin être fortement déterminé par le niveau de vie des ménages. Nonobstant les différences notées selon leur origine luxembourgeoise ou étrangère, les enfants venant de familles plus aisées sont confiés davantage à des personnes rémunérées que les autres enfants qui sont plus nombreux à être gardés dans des structures collectives ou dans la sphère privée.

³ Voir Publications CEPS/Instead: Vivre au Luxembourg – chroniques de l'enquête PSELL -3/2004 No 17 – février 2006; Audrey BOUSSELIN „Concilier vie familiale et vie professionnelle: Qui garde les jeunes enfants des parents qui travaillent?“

L'étude établit dès lors comme suit la répartition du mode de garde des enfants de moins de 12 ans, tout en spécifiant la durée moyenne de garde hebdomadaire.

	<i>Structures d'accueil collectif</i>	<i>Personne rémunérée</i>	<i>Sphère privée</i>	<i>Total</i>
enfants scolarisés	25%	25%	50%	100%
enfants non scolarisés	39%	20%	41%	100%
enfants au total	31%	23%	46%	100%
durée moyenne hebdomadaire	22 heures	20 heures	14 heures	

L'étude du CEPS/Instead résumée ci-avant identifie les différents modes de garde des enfants de parents qui n'ont pas la possibilité de s'en occuper eux-mêmes notamment à cause des difficultés de concilier vie professionnelle et vie familiale ou pour d'autres raisons tenant par exemple à la santé défaillante de l'un des parents.

En matière de structures d'accueil collectif, le rapport d'activités 2005 du Ministère de la Famille et de l'Intégration énumère les crèches, foyers de jour pour enfants et garderies qui sont soit accessibles au public, soit fonctionnent sous la responsabilité d'une entité institutionnelle ou économique. Les structures du premier groupe gèrent ensemble 4.000 places, les autres quelque 1.000 places. Le fonctionnement de ces structures est soumis à agrément ministériel délivré selon les modalités et dans les conditions du règlement grand-ducal du 29 mars 2001 précité. A ces structures, il convient d'ajouter les maisons relais dont les conditions d'agrément ont été définies par un règlement grand-ducal du 20 juillet 2005 (Mém. A-No123 du 10 août 2005) et qui ont pour objet d'assurer l'„accueil socio-éducatif temporaire sans hébergement d'enfants de moins de 18 ans“. Ces maisons-relais ont l'avantage d'offrir par rapport aux autres structures d'accueil collectif un accueil flexible, temporaire voire sporadique qui d'après l'exposé des motifs du projet de loi sous examen semble de très près correspondre aux besoins d'un nombre grandissant de parents.

Les autres enfants bénéficiant d'une mesure de garde auprès d'un tiers sont ou bien placés, comme l'a relevé l'étude CEPS/Instead précitée, dans la sphère privée des parents ou auprès d'une personne qui est rémunérée pour assurer cette garde.

Le Conseil d'Etat est conscient que compte tenu de la marge d'imprécision forcément inhérente à l'évaluation CEPS/Instead et du caractère non exhaustif des éléments chiffrés susceptibles d'être tirés du rapport du Ministère de la Famille et de l'Intégration, la confrontation des deux sources de données demande beaucoup de circonspection sur le plan de conclusions chiffrées qui peuvent en être déduites.

Sous cette réserve il peut être admis que les places offertes par les structures d'accueil collectif qui assurent la garde de 31 pour cent des enfants de moins de 12 ans confiés à un tiers, sont toutes occupées (cf. exposé des motifs du projet de loi sous examen: „On peut dire qu'au cours des dernières décennies, malgré des investissements publics considérables, la demande a toujours dépassé l'offre des places disponibles“). Le nombre d'enfants placés en sphère privée, représentant un taux de 46 pour cent, correspondrait dès lors selon les données publiées par le CEPS/Instead à 7.400 enfants et celui des enfants placés auprès d'une personne rémunérée, représentant 23 pour cent, correspondrait à 3.700 enfants.

Or, de l'avis du Comité du Travail Féminin du 22 avril 2005 (cf. doc. parl. 5517¹) „il est fort probable que le nombre de gardes chez des personnes privées se situant dans le domaine du travail au noir dépasse largement le nombre de placements conventionnés“. Le Gouvernement convient à son tour que ses services „ne disposent pas de données permettant d'évaluer – ne fût-ce que sommairement – le nombre des personnes exerçant cette activité ou le nombre d'enfants concernés“.

Dans les conditions de son exercice actuel, l'activité en question échappe dès lors à tout contrôle, „les parents (qui y recourent) ... ne peuvent pas faire valoir leurs dépenses de frais de garde au niveau de la fixation de l'impôt sur le revenu“ et „les personnes assurant la garde des enfants ne sont pas affiliées“ (cf. doc. parl. No 5517¹ précité). Les exposés des motifs et prises de position communiqués au Conseil d'Etat sont par ailleurs muets sur le fonctionnement de bourses d'information qui sont organisées sur une base associative ou commerciale et qui ont pour objet de mettre en rapport les parents voulant faire garder leurs enfants par autrui et les personnes disposées à ce faire. Certaines de

ces bourses fonctionnent sur base de droits d'inscription ou se font autrement rémunérer les services offerts.

Devant l'opacité de cette toile de fond, le Comité du Travail Féminin voit de nombreux avantages dans un statut légal à créer pour compte des personnes assurant la garde d'enfants à titre rémunéré en dehors des structures d'accueil collectif. Ces avantages pourraient être les suivants: de nombreuses situations actuelles échapperaient au reproche de constituer du travail au noir, la garde rémunérée d'enfants pourrait bénéficier d'un nouvel attrait (surtout pour des personnes cherchant un emploi de transition pendant une interruption professionnelle pour raisons familiales), les parents auraient des garanties de qualité nouvelles pour ce qui est de la garde de leurs enfants, tout en pouvant bénéficier de l'abattement fiscal sur les frais dépensés en la matière.

Le Comité réfute par ailleurs l'idée de prévoir la qualification des personnes concernées sous forme de diplôme professionnel du genre CATP, mais estime qu'il suffirait d'un statut documenté par un agrément officiel obligatoire. A en juger par les éléments de l'exposé des motifs joint au projet de loi No 5517, il existe depuis 1989 une demande concrète de personnes désireuses d'obtenir un agrément „d'assistant parental“, agrément qui aurait été délivré dans 39 cas (état au 1er mai 2005). L'exposé des motifs reste cependant muet sur la base légale sur laquelle s'est fondée la délivrance de ces agréments. En admettant qu'il s'agit en l'espèce du règlement grand-ducal du 29 mars 2001 précité, il faudrait encore savoir si les agréments délivrés prévoyaient à chaque fois des situations où au moins quatre enfants ont été pris en charge en même temps, afin de respecter sur ce point le champ d'application des normes réglementaires en cause.

Et, les auteurs du projet de loi de proposer l'introduction d'un cadre légal pour soumettre à agrément „l'activité d'assistance parentale (qui) constitue un accueil éducatif d'un ou de plusieurs enfants, en principe de jour ou de nuit, assuré régulièrement et contre rémunération, sur demande d'un des parents, des tuteurs ou autres représentants légaux, d'un service de placement familial ou d'une maison-relais pour enfants“, étant entendu que les périodes d'accueil de jour et de nuit ne peuvent pas excéder „trois semaines consécutives pour un usager concerné“.

La proposition de loi du député Claude Meisch dont le Conseil d'Etat se trouve parallèlement saisi, définit l'assistant maternel comme „la personne prenant en charge régulièrement et contre rémunération des enfants mineurs entre 0 et 13 ans sur demande du/des parent(s) ou tuteur(s), respectivement d'un service de placement familial.“

Le projet de loi et la proposition ont en commun le souci de limiter au strict minimum les conditions liées au nouveau statut à introduire, le cadre légal proposé se bornant aux exigences requises pour „donner un maximum de sécurité aux enfants, parents et „Dageselteren“, en imposant aux acteurs un minimum de contraintes“ (cf. exposé des motifs joint à la proposition de loi No 5428).

Le Conseil d'Etat peut quant au principe marquer son accord avec cette orientation du cadre légal à mettre en place. En effet, il faut craindre qu'un cadre trop contraignant qui s'appliquerait désormais à cette activité, où pour beaucoup de personnes impliquées la recherche d'une occupation utile prime sur la perspective d'un gain financier, ne retienne des éléments valables de s'investir dans la garde d'enfants par peur des formalités administratives qui vont forcément de pair avec l'introduction de toute réglementation nouvelle.

Sur le plan de la terminologie utilisée et face au foisonnement des qualificatifs utilisés pour décrire la fonction, le Conseil d'Etat donne la préférence à la désignation de l'activité retenue dans le projet de loi, et il propose de parler d'assistance parentale.

Il a en plus apprécié en la matière les références faites aux législations française, allemande et belge dont l'exposé des motifs de la proposition de loi fait état. Il constate pourtant que l'approche retenue dans chacun de nos pays voisins suit, notamment en ce qui concerne le statut de l'assistant parental, sa logique propre. Ainsi la loi allemande laisse-t-elle aux parties – parents et assistants – le soin de définir eux-mêmes la relation juridique qu'ils ont l'intention de nouer en vue d'assurer la garde des enfants de l'un par les soins de l'autre. En Belgique, l'assistant maternel exerce son activité à titre indépendant. Appelé également „assistant maternel“ en France, son statut est ici celui d'un „salarié de particuliers employeurs ou de personnes morales de droit public ou de personnes morales de droit privé“ qui en plus doit „avoir été agréé à cet effet“.

En présence des références législatives précitées, des réflexions qui ont été menées en amont de l'élaboration du projet de loi et de la proposition de loi sous examen et des considérations développées

dans les exposés des motifs joints aux deux textes, le cadre légal à donner à l'activité d'assistance parentale devra – de l'avis du Conseil d'Etat – répondre aux critères suivants:

1. L'activité devra clairement se différencier des mesures judiciaires relatives au placement familial et ne pas par ailleurs se confondre avec la garde d'enfants dans une structure d'accueil collectif.
2. En vue de définir le statut de l'assistant parental et de fixer les conditions de son agrément, il y aura intérêt à se limiter à l'activité exercée régulièrement et à titre rémunéré, ignorant par ailleurs les interventions de parents, d'amis ou de voisins, que celles-ci soient sporadiques ou régulières, ou encore celles – rémunérées ou non – de l'organisateur d'une manifestation d'envergure, pour assurer la garde d'enfants de proches dans le premier cas ou de visiteurs de la manifestation dans le second. Les questions de responsabilité civile tenant à la garde de l'enfant resteront pourtant entières dans les deux cas de figure qu'il est proposé d'exclure du statut envisagé.

Il faut également mentionner le „baby-sitting“ qui, notwithstanding son caractère d'activité accessoire prisée surtout par des jeunes en quête de possibilités d'améliorer leur argent de poche, n'en reste pas moins une activité rémunérée, susceptible d'être concernée par le statut légal en projet. En l'absence d'autres références pour cerner la notion, il convient de renvoyer aux dictionnaires qui retiennent comme critère de définition du „baby-sitter“⁴ le fait de garder à la demande, contre rétribution, de jeunes enfants en l'absence de leurs parents. Il y aura, le cas échéant, lieu de délimiter dès lors aussi l'assistance parentale par rapport au „baby-sitting“.

3. Les parents qui optent pour l'engagement d'une aide familiale à qui ils entendent confier la garde de leurs enfants mineurs en leur absence devront rester libres pour ce faire. La relation entre les deux parties aura dans ce cas la forme d'un contrat de louage de services dont l'exécution inclura, à côté d'autres tâches, la garde des enfants du ou des employeurs, sans que le salarié ait à justifier d'un agrément d'assistant parental.
4. Le statut d'assistant parental sera donc prévu obligatoirement pour des personnes assurant la garde d'enfants d'autrui comme activité régulière et rémunérée sans qu'il y ait entre elles et les parents un lien de subordination tel que celui résultant d'une relation de travail salarié. (cf. notamment l'article 330, alinéa 2 du Code des assurances sociales)

L'activité en question pourra dans ces conditions être exercée à titre indépendant ou à titre salarié. Dans la seconde hypothèse qui s'apparente au cadre légal français, l'activité s'exercerait pour compte d'une personne morale de droit public ou privé, et notamment d'associations comptant dans leur objet social l'organisation de ce genre de service.

Le statut sera conditionné avant tout par des considérations d'ordre fiscal et d'affiliation à la sécurité sociale dans le chef de l'assistant parental. L'assistance parentale fera dès lors l'objet d'un contrat de prestation de service usuel, que l'assistant exerce son activité à titre indépendant pour son propre compte ou à titre salarié pour le compte d'un organisme qui se sera spécialisé en la matière et aura recruté des collaborateurs et collaboratrices aptes à assurer la garde d'enfants d'autrui. L'agrément permettra à son tour de régler l'accès à cette activité et d'en contrôler l'exercice conforme aux standards de qualité prévus; en plus, il constitue une certification de qualité pour l'assistant parental (cf. exposé des motifs joint au projet de loi) et un gage de confiance pour les parents (cf. commentaire des articles joint à la proposition de loi).

5. Par ailleurs, rien n'empêchera une personne assurant à titre bénévole la garde d'enfants d'autrui ou travaillant à titre salarié auprès de parents dont elle aura entre autres à garder les enfants, à requérir l'obtention dudit agrément sans que pareille démarche ait pour elle le caractère obligatoire qu'elle revêt lorsque l'activité est exercée dans les conditions décrites sous le chiffre 4 ci-avant.

L'agrément se fondera dans les conditions données sur les critères suivants:

- L'assistant parental devra faire preuve d'honorabilité professionnelle dont la preuve pourra s'inspirer des conditions usuellement retenues en matière d'accès à une profession réglementée.
- L'assistant parental devra justifier d'une qualification professionnelle minimale et se soumettre en outre à des intervalles réguliers à une formation continue organisée par les soins ou sous le contrôle de l'autorité publique. Toujours avec le souci d'éviter toute „sur-réglementation“ en la

⁴ *baby-sitter*: „personne qui, moyennant rétribution, garde à la demande, de jeunes enfants, à la demande de leurs parents“ (Petit Robert); „personne payée pour garder occasionnellement un ou des enfants en l'absence de leurs parents“ (Petit Larousse).

matière, le Conseil d'Etat donne à considérer que la validation des acquis de l'expérience en la matière devrait compter parmi les éléments constitutifs majeurs de cette qualification. L'exposé des motifs joint à la proposition de loi No 5428 mentionne à son tour le projet pilote FOGAflex (formation et qualification de gardiennes de jour et modes de garde flexibles) qui fait partie du programme européen d'inclusion sociale „EQUAL-axe“, (ré)conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle, et propose de se servir de cette référence pour déterminer la qualification exigée. Même s'il appartient en première ligne au Gouvernement de proposer les critères auxquels devra répondre la qualification envisagée, le Conseil d'Etat est d'avis, surtout au vu de l'article 5 du projet de loi, que les connaissances théoriques ne devront pas peser davantage que l'expérience et le savoir empirique. Il part du principe que la formation proposée tant par les auteurs du projet de loi que par le député Meisch sera exclusivement ciblée sur ces exigences.

- L'assistant parental ne pourra pas accueillir plus de trois enfants à la fois, le nombre maximal retenu étant fonction des conditions d'agrément pour les structures d'accueil collectif prévues par le règlement grand-ducal du 29 mars 2001 précité.

L'assistant parental devra disposer d'une infrastructure d'accueil pour le ou les enfants à garder répondant aux intérêts de ceux-ci et susceptible d'assurer leur encadrement et leur éducation. Comme l'exposé des motifs joint à la proposition de loi sous examen retient que „L'activité d'assistant maternel dépasse la mission de simple garde de l'enfant (et qu'il s'agit plutôt de l'accompagnement de l'éveil au monde d'un enfant.“, le Conseil d'Etat tient à mettre en garde contre des exigences excessives en ce qui concerne les standards infrastructurels à remplir, alors qu'il craint que des conditions trop contraignantes ne retiennent de nombreuses personnes par ailleurs qualifiées pour l'assistance parentale à requérir l'agrément. Il estime que le cadre d'une maison unifamiliale ou d'un appartement destinés à l'hébergement d'une famille moyenne avec enfants en bas âge répond entièrement aux besoins. Tout en soulignant l'intérêt de distinguer clairement l'assistance parentale de la garde d'enfants dans des structures d'accueil collectif, le Conseil d'Etat admet qu'en principe l'assistant parental accueillera les enfants à garder à son domicile familial ou, hypothèse probablement moins fréquente, au domicile de leurs parents.

- L'assistant parental devra être assuré contre les conséquences financières pouvant résulter d'un préjudice susceptible de survenir à l'enfant qui lui a été confié ou d'un préjudice subi par un tiers du fait de cet enfant. A cet égard, il s'avérera, de l'avis du Conseil d'Etat, opportun de procéder en la matière par assimilation aux personnes visées à l'alinéa 1 de l'article 90 du Code des assurances sociales qui devrait à ce moment être complété en conséquence.
- La relation contractuelle qui liera l'assistant parental aux parents des enfants dont il assurera la garde aura un caractère formel et écrit. Il appartiendra au Gouvernement de décider à quel degré et selon quelles modalités la rémunération que les parents paieront à l'assistant parental sera fiscalement déductible; le Conseil d'Etat recommande en tout état de cause de réserver à la question un traitement identique, que l'enfant soit placé dans une structure d'accueil collectif ou qu'il soit confié à un assistant parental. A cet égard la voie pour régler la question qui est prévue à l'article 10 du projet de loi est en tout état de cause à abandonner. En effet, le respect de la hiérarchie des normes et du parallélisme des formes interdit la modification d'un règlement grand-ducal par la voie d'une loi. Si les auteurs persistaient à maintenir cet article, le Conseil d'Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel. Dans la mesure où l'assistant parental sera censé être imposé forfaitairement à l'instar des salariés occupés à des travaux de ménage dans le cadre de la vie privée de l'employeur, à la garde de ses enfants (dans le cadre d'un contrat de louage de service) ou pour assurer des aides et soins nécessaires en raison de l'état de dépendance de l'employeur, il y aura lieu de compléter en conséquence l'article 137, alinéa 5 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'Etat suppose que cette approche qu'il recommande d'ailleurs vivement dans l'intérêt de toutes les parties concernées par l'assistance parentale, rejoint largement les intentions tant de l'auteur de la proposition de loi que des auteurs du projet de loi. Cette approche aurait par ailleurs l'avantage de pouvoir être mise en phase avec une adaptation concomitante du Code des assurances sociales en matière d'affiliation des assistants parentaux exerçant leur activité à titre indépendant ou pour compte d'un organisme de droit public ou privé mettant des assistants parentaux à disposition de parents demandant une telle aide (cf. article 330, alinéa 2 du Code des assurances sociales).
- Le Conseil d'Etat pense qu'il sera indiqué, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, de promouvoir la création de bourses d'information permettant de rapprocher les assistants parentaux

en quête de travail et les parents à la recherche d'une personne qualifiée pour prendre en charge leur(s) enfant(s).

Tout en notant que tant le projet de loi que la proposition de loi sous examen reposent largement sur l'approche ci-avant, le Conseil d'Etat renvoie pour le détail des dispositions légales envisagées à ses observations formulées dans le cadre de l'examen des articles.

Il estime que le projet de loi devra notamment traiter de la définition de l'assistant parental, de l'exercice de l'activité sous le couvert d'un agrément, des conditions d'obtention de cet agrément, de la validité de l'agrément et des conditions de son retrait, ainsi que des sanctions liées à l'exercice non autorisé de l'activité d'assistant parental. Des règlements grand-ducaux pourront en outre spécifier les conditions d'accès et d'exercice de l'activité, y compris le contrôle exercé par les autorités publiques.

Quant à la création et l'exploitation d'une banque de données rapprochant en matière d'assistance parentale les offres de service et les demandes, il pourra s'agir, le cas échéant, d'une activité administrative dont l'initiative appartient au Gouvernement sans que la mission en question doive dès lors être formellement inscrite dans la loi (cf. article 7 du projet de loi et articles 7 et 8 de la proposition de loi). Il sera tout aussi inutile de mentionner dans la loi l'élaboration d'un contrat-type destiné à régir les relations contractuelles entre les parents et l'assistant parental (cf. article 9, alinéa 2 du projet de loi et article 10 de la proposition de loi). Pour utile que ce contrat-type puisse être pour les parents et pour les assistants parentaux, il pourra s'agir là encore d'une facilité administrative qui pourra être offerte sans que l'intervention du législateur soit nécessaire.

Dans la mesure où le Gouvernement souhaite, en matière de frais fiscalement déductibles, une prise en compte plus adéquate du coût généré dans le chef des parents confiant leur(s) enfant(s) à un assistant parental, il y aura lieu de modifier l'article 137, alinéa 6 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu et le règlement grand-ducal modifié du 31 décembre 1998 pris en son exécution. L'option prise dans l'article 10 du projet de loi sous avis se heurterait en tout état de cause pour des raisons formelles, comme indiqué ci-avant, à une opposition formelle du Conseil d'Etat. Quant à l'affiliation de l'assistant familial à la sécurité sociale il y aura lieu de procéder en parallèle à une modification conforme de l'article 330, alinéa 2 du Code des assurances sociales et du règlement grand-ducal du 18 novembre 1998 adaptant d'office la rémunération déclarée auprès du Centre commun de la sécurité sociale pour les personnes occupées dans le ménage privé de l'employeur.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Au regard de l'orientation que le Conseil d'Etat entend donner à la loi en projet, il propose de retenir une nouvelle structure pour l'agencement des dispositions légales à créer. Le projet de loi crée, comme le relève à juste titre la Chambre des employés privés dans son avis précité, un nouveau cadre juridique pour l'assistance parentale. Ce cadre ne souffre aucune interférence avec le cadre légal formé par la loi précitée du 8 septembre 1998.

En outre, il y a lieu, au regard des considérations qui précèdent, d'adapter le libellé des dispositions reprises pour partie du projet de loi et pour partie de la proposition de loi.

Article 1er (Définition de l'assistance parentale)

D'emblée il convient de définir l'assistance parentale et d'en délimiter le champ d'application. Il s'agit notamment de considérer celle-ci comme activité professionnelle exercée de façon régulière et à titre rémunéré (à titre principal ou accessoire). Il convient en outre de prévoir une démarcation claire entre assistance parentale et placement familial, tout en excluant du champ d'application de la loi en projet la garde d'enfants à titre bénévole par des proches ou à titre sporadique dans le contexte d'une manifestation d'envergure ou encore la garde d'enfants effectuée par une aide familiale dans le cadre d'un contrat de louage de service.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de donner à l'article 1er le libellé suivant.

„Art. 1er. L'activité d'assistance parentale consiste dans la prise en charge régulière et à titre rémunéré, de jour ou de nuit, d'enfants mineurs sur demande de la ou des personnes investies de l'autorité parentale. Une période de prise en charge continue de jour et de nuit d'un enfant déterminé ne doit pas excéder trois semaines. L'assistant parental ne peut prendre en charge plus de trois enfants à la fois.

L'assistance parentale est une prestation de service exercée par l'assistant parental à titre indépendant ou à titre salarié dans le cadre d'un contrat de louage de service passé avec une personne physique ou une personne morale de droit public ou privé dont l'activité professionnelle ou l'objet social comporte l'organisation de l'assistance parentale.“

Article 2 (Conditions d'exercice de l'assistance parentale)

L'article 2 règle les conditions d'exercice de l'assistance parentale.

A cet effet, l'agrément ministériel sera obligatoire pour les assistants parentaux exerçant leur activité (régulière et rémunérée) à titre indépendant ou dans le cadre d'un contrat de louage de service les liant à un organisme comportant dans son objet social l'organisation de l'assistance parentale. Le caractère obligatoire de l'agrément par les assistants parentaux susmentionnés ne doit pas pour autant interdire l'accès des intéressés à la formation prescrite pour documenter la qualification professionnelle requise en vue de l'obtention de cet agrément.

Le Conseil d'Etat propose de libeller cet article comme suit:

„**Art. 2.** Nul ne peut, à titre principal ou à titre accessoire, exercer l'activité d'assistant parental sans être titulaire d'un agrément délivré par le membre du Gouvernement ayant la Famille dans ses attributions, ci-après appelé le Ministre.

Cet agrément est délivré aux seules personnes qui répondent aux conditions des articles 3, 4 et 5. Dans la mesure où les infrastructures dont question à l'article 5 ne permettent pas la prise en charge simultanée de trois enfants, l'agrément peut réduire ce nombre.“

Articles 3, 4, et 5 (Conditions d'obtention de l'agrément ministériel)

En plus de la disposition légale obligeant l'assistant parental „professionnel“ à exercer son activité sous le couvert d'un agrément ministériel, il convient d'en arrêter les conditions de délivrance et de validité. A ces fins, le requérant devra justifier de son honorabilité, de sa qualification professionnelle et de l'infrastructure d'accueil nécessaire. Dans l'intérêt des enfants à garder il convient par ailleurs d'étendre l'exigence de l'honorabilité à toutes les autres personnes qui vivent avec l'assistant parental sous un même toit. A cet égard le Conseil d'Etat préfère la formule concise de la proposition de loi au libellé retenu dans le projet de loi pour déterminer l'honorabilité, car ce dernier se heurte notamment au principe de la présomption d'innocence et son maintien dans le texte de loi obligerait le Conseil d'Etat à refuser la dispense du second vote constitutionnel.

Quant à l'assurance accident susceptible de bénéficier à l'assistant parental il est renvoyé à l'article 7 ci-après que le Conseil d'Etat préconise d'insérer dans le projet de loi.

Les articles 3, 4 et 5 sont à réserver aux dispositions relatives aux conditions en question. Le Conseil d'Etat propose de retenir le libellé suivant:

„**Art. 3.** En vue de son agrément, l'assistant parental ainsi que les personnes vivant avec lui dans le même ménage doivent répondre aux conditions d'honorabilité qui s'apprécient sur base des antécédents judiciaires.

Si l'assistant parental exerce son activité dans le cadre d'un contrat de louage de service, la condition de l'honorabilité est également requise dans le chef de la personne physique ou des dirigeants de la personne morale de droit public ou de droit privé dont il est le salarié.

Art. 4. L'agrément d'assistant parental n'est accordé qu'aux personnes justifiant de la qualification professionnelle requise.

L'assistant parental doit en outre comprendre et s'exprimer dans au moins une des trois langues prévues par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues.

La qualification prévue à l'alinéa 1 est établie moyennant un certificat reconnu par le membre du Gouvernement ayant l'Education nationale et la Formation professionnelle dans ses attributions et sanctionnant une formation théorique et pratique préparant à la prise en charge d'enfants mineurs et aux missions d'encadrement, de surveillance, de formation et de supervision socio-éducative afférentes.

Le programme et les modalités d'organisation de cette formation sont fixés par règlement grand-ducal pris sur avis obligatoire du Conseil d'Etat. Les diplômes ou certificats luxembourgeois ou étrangers délivrés dans le domaine pédagogique, psychologique, social, médical et des professions de santé sont reconnus équivalents à ce certificat.

Art. 5. Le requérant qui demande un agrément d'assistant parental doit disposer des infrastructures nécessaires pour accueillir les enfants qu'il sera autorisé à prendre en charge.

Un règlement grand-ducal pris sur avis obligatoire du Conseil d'Etat détermine les critères minima auxquels doivent répondre ces infrastructures.“

Article 6 (Validité, renouvellement et retrait de l'agrément ministériel)

Dans l'intérêt d'une surveillance appropriée de l'assistance parentale par les pouvoirs publics, il sera opportun de délivrer l'agrément pour une durée déterminée, ouvrant ainsi la possibilité de procéder lors de chaque renouvellement à la vérification des conditions de sa délivrance. Cette solution, préconisée à l'article 2 du projet de loi ainsi qu'à l'article 5 de la proposition de loi, semble d'autant plus indiquée que notamment les auteurs du projet de loi ont formellement prévu l'obligation pour l'assistant parental de se soumettre à des intervalles réguliers à une formation continue et à une supervision (cf. article 4, paragraphe 2 du projet de loi).

Dans ce même ordre d'idées, il convient de réserver au ministre en charge de l'agrément le droit d'en refuser l'octroi ou le renouvellement ou de le retirer lorsque les conditions d'obtention légales ne sont pas ou ne sont plus remplies (cf. article 2, alinéa 3 du projet de loi et article 6 de la proposition de loi).

Enfin, au vu du formalisme administratif inhérent à toute procédure de renouvellement et au vu de la prérogative ministérielle de retirer un agrément en cours de validité lorsque les conditions de délivrance ne sont plus réunies, le Conseil d'Etat propose de porter la durée de validité de l'agrément de deux à cinq ans.

Au vu des considérations qui précèdent, l'article 6 est à libeller comme suit:

„**Art. 6.** (1) L'agrément ministériel est valable pour cinq ans.

Il peut être renouvelé à la demande de l'assistant parental aux conditions fixées aux articles 2, 3, 4 et 5 et sous réserve pour l'assistant parental d'avoir pris part au courant des six derniers mois à un cours de formation continue et d'avoir régulièrement suivi des séances de supervision. Le programme et les modalités d'organisation des cours de formation continue et des séances de supervision sont fixées par un règlement grand-ducal pris sur avis obligatoire du Conseil d'Etat.

(2) Le Ministre peut refuser la délivrance et le renouvellement de l'agrément si les conditions fixées aux articles 2, 3, 4 et 5 ne sont pas ou ne sont plus remplies.

Le renouvellement est également refusé si l'assistant parental n'a pas suivi les cours de formation continue ou les séances de supervision prévus au paragraphe 1er.

(3) Lorsqu'il existe des doutes sérieux quant au respect des exigences relatives à la délivrance et à la validité de l'agrément, le Ministre peut procéder ou faire procéder à tout moment à la vérification du respect de ces exigences.

Si une des conditions de délivrance ou de validité de l'agrément n'est plus remplie, il peut procéder au retrait de l'agrément.“

Articles 7, 8 et 9 (Assurance accidents, affiliation à la sécurité sociale, imposition fiscale forfaitaire)

En vue d'appliquer la couverture de l'assurance accidents à l'assistant parental, d'assurer son affiliation à la sécurité sociale et de régler sous une forme allégée son imposition en matière de revenu, le Conseil d'Etat propose de compléter le projet de loi par une adaptation afférente des dispositions légales en cause. Le régime légal prévu en ces matières pour les personnes occupées dans le ménage privé de l'employeur pourra servir de référence. Il y aura plus particulièrement lieu de modifier en conséquence les articles 90, alinéa 1 et 330, alinéa 2 du Code des assurances sociales et l'article 137, alinéa 5 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ainsi que les règlements grand-ducaux pris en exécution de ces dispositions légales.

Article 10 (Sanctions pénales)

Afin d'éviter que des personnes ne disposant pas de l'agrément ministériel exercent à titre professionnel l'activité d'assistant parental, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu en plus des mesures administratives préconisées ci-avant, de prévoir des sanctions pénales pour ceux qui font de l'assistance parentale en dehors du cadre légal tracé.

Aussi propose-t-il d'ajouter au projet de loi un article nouveau sanctionnant comme délit l'exercice sans agrément de l'assistance parentale:

„**Art. 10.** L'exercice de l'activité d'assistant parental par une personne qui n'est pas titulaire de l'agrément prévu à l'article 2 ou dont cet agrément a été retiré est puni d'une amende de 251 à 10.000 euros. En cas de récidive le maximum de l'amende est prononcé.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 24 octobre 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

