

N° 6162⁹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

portant modification de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique et de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DE LA FAMILLE, DE LA JEUNESSE ET DE L'EGALITE DES CHANCES

(5.7.2011)

La Commission se compose de: M. Jean-Paul SCHAAF, Président; Mme Sylvie ANDRICH-DUVAL, Rapportrice; MM. Marc ANGEL, Eugène BERGER, Jean COLOMBERA, Mme Claudia DALL'AGNOL, M. Emile EICHER, Mme Viviane LOSCHETTER, MM. Claude MEISCH, Paul-Henri MEYERS, Mmes Tessy SCHOLTES et Vera SPAUTZ, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le projet de loi élargé a été déposé à la Chambre des Députés le 16 juillet 2010 par la Ministre de la Famille et de l'Intégration.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

La Commission de la Famille, de la Jeunesse et de l'Egalité des chances a, lors de sa réunion du 5 octobre 2010, désigné Monsieur Mill Majerus rapporteur du projet de loi. Elle a encore examiné le projet de loi lors de cette même réunion.

La Chambre des Salariés a rendu un avis le 18 octobre 2010. La Chambre de Commerce a avisé le projet de loi le 2 décembre 2010 et la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics a rendu son avis le 10 décembre 2010.

Le 5 mai 2011, le projet de loi a été modifié par des amendements gouvernementaux, changeant entre autres l'intitulé du projet de loi.

Le Conseil d'Etat a rendu son premier avis, dans lequel il avise tant le texte initial que les amendements gouvernementaux, le 17 mai 2011.

Le 24 mai 2011, Mme Sylvie Andrich-Duval est nommée, en remplacement de Monsieur Mill Majerus, rapportrice du projet de loi sous rubrique. Lors de cette réunion, la commission a également examiné les amendements gouvernementaux et a procédé à une analyse de l'avis du Conseil d'Etat.

Le 1er juin 2011, la commission a adopté des amendements parlementaires.

La Chambre des Salariés a avisé le projet de loi de façon complémentaire le 25 mai 2011 et le Conseil d'Etat a rendu son avis complémentaire le 7 juin 2011.

Finalement, la Commission de la Famille, de la Jeunesse et de l'Egalité des chances a adopté le présent rapport lors de sa réunion du 5 juillet 2011.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

1. L'objet initial du projet de loi

L'objet initial du projet de loi est de mettre la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique (ci-après la loi ASFT) en conformité avec la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après la directive services) dont la transposition était à réaliser avant le 28 décembre 2009.

L'importante directive services est un acte juridique à caractère transversal en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à tous les services fournis contre rémunération, à l'exception, bien sûr, de ceux qu'elle exclut de manière explicite. Cette directive vient d'être transposée en droit luxembourgeois par la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur.

La loi ASFT a précisé pour vocation d'organiser les services fournis à titre principal ou accessoire et contre rémunération dans les domaines social, familial et thérapeutique. Or, la directive services définit la notion de service à l'article 4, point 1) comme étant „[...] toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50¹ du traité“. Les services couverts par la loi ASFT sont donc potentiellement des services tombant sous le champ d'application de la définition des services couverts par la directive services.

L'article 2, paragraphe (2), lettre j) de la directive prévoit qu'elle ne s'applique pas aux „[...] services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat“. Aux termes du considérant (27) de la directive „[c]es services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive“².

L'énumération des services sociaux prévus à l'article 2, paragraphe (2), lettre j) de la directive est toutefois limitative, de sorte que l'exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive services n'est pas générale.

Il importe par ailleurs de préciser que, pour qu'un service social puisse être exclu du champ d'application de la directive, il faut en effet que celui-ci soit assuré par l'Etat ou par des prestataires mandatés par l'Etat ainsi que par des associations caritatives reconnues par l'Etat. Selon la Commission européenne „[l]a notion d'„associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat“ comprend les églises et les organisations religieuses poursuivant des fins charitables et bénévoles. A la lumière du libellé de cette exclusion et des explications données au considérant 27, il est clair que ces services ne sont pas exclus lorsqu'ils sont fournis par d'autres types de prestataires, par exemple des opérateurs privés agissant sans un mandat de l'Etat. A titre d'exemple, l'aide à l'enfance assurée par des nourrices privées ou d'autres services d'aide à l'enfance (comme les camps de vacances) fournis par des opérateurs privés ne sont pas exclus du champ d'application de la directive „services“. De même, les services sociaux relatifs à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux ou d'un manque total ou partiel d'indépendance, ainsi que les services aux personnes risquant d'être marginalisées, comme les services de soins aux personnes âgées ou les services destinés aux chômeurs, ne sont exclus du champ d'application de la directive „services“ que dans la mesure où ils sont fournis par l'un des prestataires visés ci-dessus (c'est-à-dire l'Etat, des prestataires mandatés par l'Etat ou des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat). Ainsi, par exemple, les services privés à domicile d'aide ménagère ne sont pas exclus de la directive „services“ et doivent être couverts par les mesures de mise en oeuvre“³.

1 Cet article, devenu entretemps l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoit que „Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes [...]“.

2 Sont également exclus du champ d'application de la directive services, les services d'intérêt général non économiques (article 2, paragraphe (2), lettre a) de la directive services), et les „services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée“ (article 2, paragraphe (2), lettre f) de la directive services).

3 Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive „services“, 2007, page 13.

Il est précisé dans l'exposé des motifs du projet de loi que l'article 1er de la loi ASFT, relatif à l'agrément, fait référence à des activités qui sont entreprises ou exercées de manière „non occasionnelle“ ou non temporaire, c'est-à-dire à des services exercés de manière continue. La loi ASFT ne couvre dès lors pas la fourniture temporaire de services par des ressortissants d'autres Etats membres en application du principe de la libre prestation de services régi par l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par l'article 16 de la directive services.

L'article 16 de la directive services prévoit en effet que les Etats membres doivent respecter „[...] le droit des prestataires de fournir des services dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils sont établis“. Toute restriction à la libre prestation de services doit satisfaire aux trois principes de base en matière de libre circulation, à savoir la non-discrimination, la nécessité et la proportionnalité et elle doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général.

Sur cette base, les auteurs du projet de loi proposent d'insérer un nouvel article 1bis dans la loi ASFT qui autorise les prestataires de services d'un autre Etat membre, sans devoir solliciter un agrément supplémentaire, à fournir ce service au Luxembourg à condition que ce service y soit exercé à titre temporaire et sans préjudice de l'application d'exigences supplémentaires justifiées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement.

Il est également important de noter qu'il y a lieu de distinguer entre, d'une part, la fourniture de services sous le couvert de la liberté d'établissement et, d'autre part, la libre prestation de services.

Les auteurs du projet de loi font état du considérant (77) de la directive services selon lequel „[...] lorsqu'un opérateur se déplace dans un autre Etat membre pour y exercer une activité de service, il y a lieu de distinguer les situations relevant de la liberté d'établissement de celles couvertes par la libre circulation des services, en fonction du caractère temporaire de l'activité concernée. Pour ce qui est de la distinction entre la liberté d'établissement et la libre circulation des services l'élément clé est, selon la jurisprudence de la Cour de justice, de savoir si l'opérateur est établi dans l'Etat membre dans lequel il fournit le service concerné. Si l'opérateur est établi dans l'Etat membre dans lequel il fournit le service concerné, il devrait rentrer dans le champ d'application de la liberté d'établissement. Si, au contraire, l'opérateur n'est pas établi dans l'Etat membre dans lequel il fournit le service concerné, son activité devrait relever de la libre circulation des services. La Cour de justice a constamment affirmé que le caractère temporaire des activités en cause devrait être apprécié non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité. Le caractère temporaire de la prestation ne devrait pas exclure la possibilité pour le prestataire de se doter, dans l'Etat membre où le service est fourni, d'une certaine infrastructure telle qu'un bureau, un cabinet d'avocats ou une étude, dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause.“

Le projet de loi introduit également un autre principe fondamental de la directive services dans la loi ASFT. Il s'agit plus précisément du principe de l'autorisation tacite.

L'article 13 de la directive services prévoit plusieurs étapes de la procédure d'autorisation variant entre l'autorisation tacite après l'écoulement du délai initialement prévu, ensuite l'autorisation tacite après une prolongation du délai et finalement „un régime différent“ qui ne peut être justifié que par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie⁴.

L'article 2bis prévu par le projet de loi reflète ces possibilités en prévoyant qu'à „[...] défaut de notification d'une décision d'agrément dans le délai imparti, l'agrément est réputé acquis [...]“. Le délai d'instruction administrative d'une demande d'agrément peut être prolongé une seule fois et pour une durée limitée⁵, lorsque la complexité du dossier le justifie. La décision de prolongation du délai doit être motivée.

Finalement, comme soulevé ci-dessus, tout régime d'autorisation spécifique doit satisfaire aux principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. Le Conseil d'Etat a soulevé dans

4 L'article 13, paragraphe (4) de la directive services prévoit en effet que „En l'absence de réponse dans le délai prévu, éventuellement prolongé, conformément au paragraphe 3, l'autorisation est considérée comme octroyée. Toutefois, un régime différent peut être prévu lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie.“

5 L'article 13, paragraphe (3) (de la directive services) relatif aux procédures d'autorisation prévoit que „Lorsque la complexité du dossier le justifie, l'autorité compétente peut prolonger ce délai une seule fois et pour une durée limitée. La prolongation ainsi que sa durée doivent être dûment motivées et notifiées au demandeur avant l'expiration du délai initial“.

son avis du 17 mai 2011 que les domaines couverts par la loi ASFT sont incontestablement fondés sur des raisons impérieuses d'intérêt général devant répondre aux trois principes susmentionnés.

2. L'objet élargi du projet de loi: Les amendements gouvernementaux

Le projet de loi a été amendé par le Gouvernement le 5 mai 2011. Les amendements ont pour objet de modifier la loi ASFT ainsi que la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille (ci-après la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille) pour les rendre conformes à l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2011 portant sur le dispositif réglementaire visant à mettre en oeuvre la législation relative à l'aide à l'enfance et à la famille.

La loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille prévoit en son article 6 que l'Office national de l'enfance (ci-après l'ONE), est notamment compétent pour „[...] évaluer individuellement les ressources et les difficultés d'enfants [...]; [...] organiser des séances de concertation familiale et institutionnelle [...]; [...] motiver l'enfant et ses parents ou représentants légaux [...]“. L'amendement gouvernemental proposé vise à permettre à l'ONE de confier ces trois démarches également à des services spécialisés, dûment agréés et dont les droits et devoirs sont fixés dans un contrat à conclure avec le ministre. Cet amendement vise à instaurer l'intervention d'une instance indépendante qui protégera l'Etat du reproche que les évaluations seraient tributaires des budgets disponibles et des politiques gouvernementales. L'instance indépendante n'aura en revanche à se justifier que par rapport aux besoins des jeunes et des familles concernés.

L'article 10 de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille prévoit actuellement que les missions d'évaluation, d'élaboration de projets d'intervention ou de concertation, énumérées à l'article 6, peuvent être confiées à des équipes multidisciplinaires.

Le sujet de l'évaluation individuelle des ressources et des difficultés d'un enfant dans le besoin, et en particulier de l'évaluation des jeunes considérés dans le contexte de leur constellation familiale, est devenu au cours de ces dernières années une question-clé dans le secteur social. Cette évaluation détaillée intégrant différentes perspectives et réalisée par des équipes multidisciplinaires est en principe la base d'un projet d'intervention contenant les principaux éléments d'une orientation de l'enfant et de la famille vers les prestations les mieux adaptées à leur situation. Par la suite, les différents éléments de ce projet d'intervention doivent d'être coordonnés et évalués régulièrement quant à leur efficacité.

Au cours du processus de mise en oeuvre de la loi, il s'est avéré qu'il y avait urgence à ce que des services indépendants se spécialisent sur cet ensemble de prestations constitué par l'évaluation des ressources, l'orientation, la coordination et l'évaluation de la mise en oeuvre du projet d'intervention. Ces services sont appelés à jouer un rôle primordial dans la prévention et le soutien précoce à des familles et à des enfants en détresse. En effet, il est important d'avoir à disposition des familles un service qui soit très tôt à l'écoute de leurs problèmes et qui puisse développer à un stade précoce, en commun avec les familles concernées, un projet d'intervention. Plusieurs études confirment que les aides les plus efficaces sont les aides qui sont bien adaptées et qui sont prodiguées le plus tôt possible. Le service de coordination de projets d'intervention (ci-après, le service de CPI) pourra donc assumer le rôle d'un spécialiste compétent et indépendant au service de la famille concernée, tant auprès de l'ONE, financier des mesures d'aide demandées, qu'auprès du prestataire de ces mesures, afin de garantir une cohérence des mesures d'intervention.

A l'avenir, le projet de loi sous rapport permettra donc de confier ces missions à des services spécialisés dûment agréés en vertu de la loi ASFT.

En effet, le Conseil d'Etat a souligné que, même si la loi sur l'aide à l'enfance et à la famille prévoit la coordination de ces projets, elle ne détermine pas pour autant l'organe compétent pour la coordination de ces projets de sorte que la disposition du projet de règlement qui attribue cette tâche à des services spécialisés de coordination indépendants est dépourvue de base légale⁶.

⁶ Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2011 portant sur le projet de règlement grand-ducal concernant l'agrément gouvernemental à accorder conformément à la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique et la reconnaissance comme „service d'aide sociale à l'enfance“ à accorder conformément à la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille aux services de „coordination de projets d'intervention“ (CPI) de l'aide à l'enfance et à la famille, page 2.

A noter que les représentants mandatés de toutes les associations concernées se sont exprimés à l'unanimité pour les propositions réglementaires soumises par le ministère, propositions d'ailleurs élaborées en étroite collaboration avec les organismes du secteur de l'aide à l'enfance. Le projet de loi, tel qu'amendé par le Gouvernement, entend dès lors compléter la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille par une nouvelle base légale permettant d'instituer des services spécialisés.

Lors de l'analyse du projet de loi par la commission, certaines réserves ont été émises quant à cette approche qui confère une base légale aux services de CPI. Ainsi, l'indépendance des services de CPI serait compromise si jamais ils „prescrivent“ des prestations à des prestataires qui dépendent du même gestionnaire, de sorte qu'ils pratiqueraient ainsi une „auto-prescription“.

En ce qui concerne la base légale des services de CPI, il faut souligner que le projet de loi modifie aussi bien la loi ASFT que la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille. La modification de la loi ASFT vise l'agrément auquel sont soumis les services de CPI et la modification de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille donne la possibilité à l'ONE de conférer des missions spécialisées aux services de CPI. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs lui-même initié cette démarche.

Les prestataires ont cependant repoussé la suggestion que le Conseil d'Etat avait exprimée à l'occasion de son avis du 22 mars 2011, dans le cadre duquel la Haute Corporation s'est montrée: „[...] convaincu[e] que la coordination des projets d'intervention pourrait être assumée au choix de l'ONE soit par l'ONE lui-même, qui s'est vu doter d'un personnel qualifié à cet effet, soit par le prestataire du terrain qui fournit pour l'enfant lui confié l'essentiel du travail. Désigné par l'ONE comme coordinateur, ce prestataire se mettrait en rapport avec les autres intervenants et par sa désignation ses qualités aurait les pouvoirs de coordination requis, les litiges éventuels étant à trancher par l'ONE“⁷.

Dans son avis précité, le Conseil d'Etat rappelle ainsi, qu'en matière d'assurance-dépendance, système auquel les auteurs du projet de règlement comparent le dispositif ONE, l'élaboration d'un plan de prise en charge est confiée à la cellule d'évaluation et d'orientation, administration de l'Etat, tandis que la coordination de la mise en oeuvre du plan de prise en charge de la personne dépendante est confiée au prestataire.

Les prestataires ont pour leur part affirmé leur volonté de ne pas agir comme „auto-prescripteurs“.

Il y a lieu de souligner dans ce contexte que la quasi-totalité des gestionnaires engagés dans le travail social avec les jeunes en détresse, pour ne pas dire la totalité, soutient la création de services indépendants de l'ONE. A titre d'exemple, onze intervenants majeurs ont créé au cours de l'année 2010 l'ACPI – Association pour la gestion de services de Coordination de Projets d'Intervention ASBL (Anne ASBL (groupe ELISABETH), Autisme Luxembourg ASBL, Caritas Jeunes et Familles ASBL, Femmes en Détresse ASBL, Fondation Kannerschlass, Fondation Lëtzebuurger Kannerduerf, Fondation Maison de la Porte Ouverte, Fondation Pro Familia, Inter-Actions ASBL, Jongenheem ASBL et Nouvelle Association Enfants, Jeunes, Familles ASBL.

Deux autres grands gestionnaires, à savoir l'APEMH et la Croix-Rouge Luxembourgeoise ont créé leur propre service de CPI.

Selon les besoins d'aide du jeune et de sa famille, l'ONE décide si l'intervention d'un service de CPI s'impose ou non, ou si une aide limitée peut-être accordée directement sans l'établissement d'un projet d'intervention par un service de CPI. Le rôle du service de CPI aux côtés des parents doit être distingué de manière claire et nette de celui du prestataire d'un accompagnement social, familial, psychique ou éducatif.

A part l'établissement du diagnostic approfondi, le service de CPI a surtout une fonction de suivi du processus d'aide. Il veille à la coordination et à la cohérence du projet d'intervention pour un jeune. Il est aussi le gardien des droits de l'enfant ou du jeune adulte et veille à ce que son développement ne soit pas mis en danger. Le bien-être de l'enfant ou du jeune adulte est l'objectif principal des interventions de CPI; il prime sur le bien-être du système familial.

⁷ Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de règlement grand-ducal concernant l'agrément gouvernemental à accorder conformément à la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique et la reconnaissance comme „service d'aide sociale à l'enfance“ à accorder conformément à la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille aux services de „coordination de projets d'intervention“ (CPI) de l'aide à l'enfance et à la famille.

Il importe également de préciser que les services spécialisés ainsi que les prestataires restent sous le contrôle de l'ONE et du ministère qui met à disposition les moyens budgétaires.

Dans un même ordre d'idées, le projet de règlement grand-ducal réglant l'organisation et le fonctionnement de l'Office national de l'enfance⁸ avait prévu de donner à l'Etat le pouvoir d'élaborer des conventions-cadres en concertation avec les regroupements représentatifs des services d'aide sociale à l'enfance et à la famille et ceci afin de préciser les modalités de la collaboration ainsi que les droits et devoirs des gestionnaires de services reconnus comme services d'aide sociale à l'enfance, d'un côté, et de l'ONE, de l'autre côté, ainsi que les modalités pratiques en vue du versement des forfaits.

Ce pouvoir de conclure des conventions-cadres n'est toutefois pas prévu par la loi habilitante relative à l'aide à l'enfance et à la famille, de sorte que la disposition en question du projet de règlement grand-ducal encourt la sanction de l'article 95 de la Constitution, à savoir qu'elle risque de ne pas être appliquée⁹.

C'est pour cette raison que le Gouvernement a proposé d'introduire une nouvelle base légale dans la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille prévoyant de manière explicite la possibilité de conclure des conventions-cadres liant le ministre et les prestataires.

*

III. AVIS DES CHAMBRES PROFESSIONNELLES

1. Avis de la Chambre des Salariés

Dans son avis du 18 octobre 2010 ainsi que dans son avis complémentaire du 25 mai 2011, la Chambre des Salariés approuve le projet de loi sous rapport.

2. Avis de la Chambre de Commerce

Dans son avis du 2 décembre 2010, la Chambre de Commerce propose une modification rédactionnelle de l'article 2bis visant à intégrer la disposition de l'alinéa 5 relatif à la prolongation du délai d'instruction administrative à l'alinéa 4 qui traite lui aussi du délai d'instruction administrative.

Pour le reste, la Chambre de Commerce approuve le projet de loi sous rapport.

3. Avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics

Dans son avis du 10 décembre 2010, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics fait remarquer que l'alinéa 1er de l'article 2bis prévoit que „[t]oute demande d'agrément fait l'objet d'un accusé de réception dans les dix jours ouvrables de son dépôt“. La Chambre professionnelle se demande s'il faut considérer comme date de dépôt celle du dépôt à la poste ou celle de son arrivée au Ministère. En conséquence, la Chambre recommande d'ajouter à la fin du premier alinéa, après le terme „dépôt“, les mots „au Ministère compétent, l'estampille d'entrée faisant foi“.

4. Avis de la Confédération des organismes prestataires d'aides et de soins

En date du 28 janvier 2011, la Confédération des organismes prestataires d'aides et de soins (COPAS) a déclaré que „la technique de la directive ne semble plus être appropriée pour le domaine qui nous préoccupe“. Elle est d'avis que la directive actuellement „à transposer“ par le projet de loi sous rubrique ne concerne plus les activités régies par la loi ASFT.

*

⁸ Pris en exécution de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille.

⁹ Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2011 portant sur le projet de règlement grand-ducal réglant l'organisation et le fonctionnement de l'Office national de l'enfance.

IV. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat a rendu un premier avis le 17 mai 2011 et un avis complémentaire le 7 juin 2011. Nous reviendrons dans le cadre du commentaire des articles sur le détail de ces avis.

*

V. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Intitulé

Les amendements gouvernementaux du 5 mai 2011 visent à modifier également certaines dispositions de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille, de sorte qu'il y a lieu d'adapter l'intitulé du projet de loi.

Article 1er: Modifications de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique

L'article 1er du projet de loi regroupe les dispositions qui modifient la loi ASFT.

Suite aux amendements gouvernementaux du 5 mai 2011, un nouveau point 1 a été rajouté au projet de loi, de sorte que les points subséquents sont renumérotés.

Point 1

Issu des amendements gouvernementaux du 5 mai 2011, ce point prévoit de rajouter un nouveau tiret à l'article 1er alinéa 2 de la loi ASFT prévoyant que l'offre de services en matière d'évaluation individuelle des ressources et des difficultés, ainsi qu'en matière d'orientation, de coordination et d'évaluation des mesures développées à la suite de cette évaluation individuelle, est soumise à agrément. L'actuelle version de la loi dite ASFT n'inclut pas cette activité, ce qui aurait comme conséquence que des prestataires se spécialisant en la matière n'auraient pas besoin d'un agrément.

Les amendements gouvernementaux visent, en effet, à introduire dans la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille la possibilité pour l'ONE de confier les missions d'évaluation, d'élaboration de projets d'intervention ou de concertation à des services spécialisés qui doivent être dûment agréés.

Point 2: Article 1bis

Alinéa 1

Le nouvel article 1bis vise à mettre la loi ASFT en conformité avec l'article 16 de la directive services qui prévoit que „[l]es Etats membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils sont établis. L'Etat membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire“. Cette liberté fondamentale du droit de l'Union européenne est prévue à l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit notamment que „[s]ans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants“.

L'article 16 de la directive services prévoit à cet effet que „[l]es Etats membres ne peuvent pas restreindre la libre prestation de services par un prestataire établi dans un autre Etat membre en imposant [...] l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes [...]“.

Or, l'article 1er de la loi ASFT qui règle l'agrément des organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique ne s'applique qu'aux services fournis de manière non occasionnelle et ne prévoit pas, de manière explicite, la possibilité de fournir ces services à titre temporaire en application de l'article 57 du Traité et de l'article 16 de la directive services.

Le nouvel article 1bis prévoit dès lors que les services dans les domaines social, familial et thérapeutique peuvent être exercés de façon temporaire au Luxembourg par un prestataire établi dans un autre Etat membre de l'Espace économique européen sans que celui-ci doive solliciter un agrément à cet effet.

Comme indiqué à l'endroit des considérations générales et conformément à l'article 2, paragraphe (2), point j) de la directive services cette possibilité ne s'étend pas aux „[...] services sociaux relatifs au

logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat“.

Dans son avis du 17 mai 2011, le Conseil d'Etat se voit dans l'incapacité de trouver une réponse à la question de savoir quelles sont les activités autres que celles visées par l'exclusion qui tombent dès lors dans le champ d'application de la directive. Lors des débats en commission a été cité le cas où un service de soins à domicile faisait défaut dans une région de l'Est du pays. Un prestataire d'un tel service en Allemagne pourrait alors prester, à titre temporaire, ce service dans cette localité luxembourgeoise sans avoir besoin d'un agrément.

De même, il sera permis à des services de soins à domicile établis au Luxembourg d'exercer leur activité dans la région transfrontalière en cas de besoin.

Alinéa 2

Toute restriction à la libre circulation des services doit satisfaire, comme indiqué à l'alinéa 2 de l'article 1bis, aux exigences de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité et ne peut être justifiée que par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement. Le projet de loi tient ainsi compte de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général développée par la Cour de Justice de l'Union européenne depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁰.

Alinéa 3

L'alinéa 3 de l'article 1bis prévoit que „[l]es prestataires concernés sont tenus à respecter les règles nationales en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans les conventions collectives appliquées à tous les services prestés sur le territoire national conformément au droit communautaire.“.

Pour le Conseil d'Etat, cet alinéa est superfétatoire, puisque les dispositions légales en matière de droit du travail s'appliquent à tous les salariés engagés sur le territoire national.

La Haute Corporation se réfère par ailleurs à l'article 1er, 6) de la directive qui „[...] dispose clairement que la directive n'affecte pas le droit du travail ni la législation des Etats membres en matière de sécurité sociale“.

La Chambre de Commerce a également proposé la suppression de cette disposition en jugeant que „[c]et alinéa est cependant superfétatoire, alors qu'il fait double emploi avec les dispositions bien plus détaillées de l'article L. 010-1 du Code du travail“.

La commission a dès lors décidé majoritairement de supprimer l'alinéa 3 de l'article 1bis.

Point 3: Article 2bis

Le nouvel article 2bis vise à transposer dans le champ d'application de la loi ASFT l'exigence de simplification des formalités administratives en application du principe de l'autorisation tacite.

Alinéas 1 et 2

Comme indiqué à l'endroit des considérations générales, l'autorisation tacite, tout comme d'ailleurs les formalités administratives prévues à cet effet, découlent de l'article 13 de la directive services. Cet article prévoit que les procédures et formalités d'autorisation doivent être de nature à ce que toute demande soit traitée dans les plus brefs délais et dans un délai raisonnable fixé et rendu public à l'avance. Ce délai ne débute qu'au moment où tous les documents nécessaires sont fournis. Ce n'est que lorsque la complexité du dossier le justifie, que l'autorité compétente peut prolonger ce délai une seule fois et pour une durée limitée. La prolongation ainsi que sa durée doivent être dûment motivées et notifiées au demandeur avant l'expiration du délai initial.

L'article 2bis transpose cette disposition en ce qu'il introduit l'exigence que toute demande d'autorisation doit faire l'objet d'un accusé de réception qui, lui, doit indiquer la date de réception de la demande, le délai d'instruction administrative ainsi que les voies de recours et qu'en l'absence de réponse dans le délai prévu, l'autorisation est considérée comme octroyée.

¹⁰ Arrêt de la Cour du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Affaire 120/78.

Alinéa 3

L'alinéa 3 oblige l'administration d'informer le demandeur dans les plus brefs délais que sa demande est incomplète ou irrecevable. En cas de demande incomplète, l'administration devra également indiquer les conséquences éventuelles sur le délai d'instruction administrative. Cette disposition tient compte des paragraphes (6) et (7) de l'article 13 de la directive services.

Alinéa 4 nouveau

Cet alinéa fixe le début du délai d'instruction administrative au moment où tous les documents nécessaires à la demande ont été fournis. Ce délai peut être prolongé une seule fois et pour une durée déterminée, lorsque la complexité du dossier le justifie. La décision de prolongation du délai, ainsi que sa durée, doivent être motivées et notifiées au demandeur.

Dans son avis du 17 mai 2011, le Conseil d'Etat propose de prévoir, quant au délai d'instruction administrative, le même régime que celui figurant à l'article 11, paragraphe (4) de la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur et qui prévoit que „[l]es demandes sont traitées dans un délai raisonnable, qui est fixé et rendu public à l'avance. Sauf dispositions légales contraires, ce délai ne peut pas dépasser trois mois.“.

Sur base de l'avis du Conseil d'Etat, la commission a amendé l'article 2bis en prévoyant un délai d'instruction administrative de trois mois. Suite à cette modification, la commission a également décidé de supprimer le dernier alinéa de l'article 2bis qui prévoyait qu'un „[...] règlement grand-ducal fixe les délais d'instruction administrative ainsi que les délais de prolongation pour chaque activité visée par la présente loi“.

Dans son avis complémentaire du 7 juin 2011, le Conseil d'Etat approuve cet amendement.

Dans son avis du 17 mai 2011, le Conseil d'Etat a soulevé, à l'instar de la Chambre de Commerce, „[...] de rayer, [...], le bout de phrase „ce délai pouvant être prolongé suite à une décision motivée du ministre“ de l'alinéa 5 de l'article et d'intégrer ce passage dans l'alinéa 4 qui se lirait comme suit: „La décision de prolongation du délai ainsi que sa durée est dûment motivée par le ministre et est notifiée au demandeur avant l'expiration du délai initial.“ “.

La commission a décidé de suivre le Conseil d'Etat et la Chambre de Commerce sur ce point.

Alinéa 5 nouveau

Cette disposition prévoit que la décision d'agrément est notifiée dans les plus brefs délais à compter de la demande d'agrément. A défaut de notification dans ces délais, le principe de l'autorisation tacite s'appliquera.

Article II: Modifications de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille

L'article II a été introduit par les amendements gouvernementaux du 5 mai 2011. Comme soulevé à l'endroit des considérations générales, ces amendements font suite à plusieurs avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2011 et portant sur les règlements d'exécution de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille. Ces amendements confèrent à l'ONE une base légale pour confier la réalisation de ses missions à des services spécialisés, agréés en vertu de la législation ASFT.

Point 1

L'article 6 de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille prévoit que l'ONE, est notamment compétent pour „[...] évaluer individuellement les ressources et les difficultés d'enfants [...]; [...] organiser des séances de concertation familiale et institutionnelle [...]; [...] motiver l'enfant et ses parents ou représentants légaux [...].“

L'amendement gouvernemental proposé vise à permettre à l'ONE de confier ces trois démarches également à des services spécialisés, dûment agréés et dont les droits et devoirs sont fixés dans un contrat à conclure avec le ministre compétent.

Selon les auteurs de l'amendement, cette disposition vise à instaurer l'intervention d'une instance indépendante qui protégera l'Etat du reproche que les évaluations seraient tributaires des budgets disponibles et des politiques gouvernementales. L'instance indépendante n'aura en revanche à se justifier que par rapport aux besoins des jeunes et des familles concernés.

Il importe de rappeler que ces services spécialisés devront néanmoins être agréés conformément au nouveau tiret 3 de l'article 1er alinéa 2 de la loi ASFT (voir commentaire du point 1 de l'article I).

Les missions confiées aux services spécialisés concernent essentiellement l'évaluation des ressources et l'élaboration d'une proposition de projet d'intervention.

L'ONE conservera néanmoins le pouvoir d'examiner cette proposition de projet d'intervention, de l'adapter en cas de besoin et de prendre une décision relative à son financement. Les prérogatives de l'ONE ne sont donc pas affaiblies. Le projet d'intervention constitue ainsi un instrument supplémentaire dont dispose l'ONE pour préparer sa décision.

Le texte du projet de loi propose également de conférer une base légale aux contrats particuliers à conclure entre le ministre ayant dans ses attributions la famille et les services spécialisés en la matière.

Lors des discussions au sein de la commission parlementaire, il a été soulevé de façon critique que l'ONE „peut confier“ les démarches en question à des services spécialisés, alors que „les droits et devoirs de ces services spécialisés sont définis dans un contrat à conclure avec le ministre“. L'ONE n'a pas de personnalité juridique; il exerce des compétences qui lui sont attribuées par le législateur. Il importe de veiller à éviter un blocage en cas de désaccord entre l'ONE et le ministre, celui-ci étant le supérieur hiérarchique.

Il est cependant souligné que l'intention de la disposition en question est d'avoir un organisme indépendant pour l'élaboration des projets d'intervention.

Point 2

L'article 10 de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille prévoit que les missions d'évaluation, d'élaboration de projets d'intervention ou de concertation, énumérées à l'article 6 peuvent être confiées à des équipes multidisciplinaires.

A l'instar de l'amendement de l'article 6, la modification proposée de l'article 10 de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille vise à attribuer une base légale à l'ONE l'habilitant à confier les missions d'évaluation, d'élaboration de projets d'intervention ou de concertation prévues à l'article 6 à des services spécialisés dûment agréés en application de la loi ASFT.

Point 3

Cette disposition vise à compléter l'article 15 de la loi relative à l'aide à l'enfance et à la famille en prévoyant que „[l]es modalités régissant la participation étatique sont fixées dans une ou plusieurs „conventions-cadre“ à conclure entre le ministre et les prestataires“.

Cet aspect est particulièrement important dans le contexte du secteur social qui est en évolution constante. Comme les besoins en matière d'encadrement changent régulièrement (p. ex. enfants mineurs non accompagnés, nouveau-nés de parents toxicomanes, adolescents violents, abuseurs mineurs, jeunes en rupture totale avec leur milieu d'origine ... pour ne citer que ces quelques situations particulières), les modalités précises de financement doivent être adaptées en permanence. Ces adaptations ne sauraient donner lieu à chaque fois à une modification du règlement grand-ducal afférent. Il est plus simple et plus rapide de les intégrer dans des conventions-cadres à négocier entre fédérations représentatives des prestataires et représentants de l'Etat. D'autant que ce mode de fonctionnement entre organisations non gouvernementales (ONG) et Ministère de la Famille a une tradition de plus de 30 ans et a donc fait ses preuves. Il est à noter que cet amendement répond donc à la fois à une demande expresse des prestataires et à une demande du Conseil d'Etat.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission de la Famille, de la Jeunesse et de l'Egalité des chances recommande majoritairement à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous rubrique dans la teneur qui suit:

*

TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

6162

PROJET DE LOI

portant modification de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique et de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille

Art. 1er. La loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique est modifiée comme suit:

1° A l'article 1er alinéa 2, 2ème tiret, le point de fin de phrase est remplacé par un point-virgule et il est ajouté un troisième tiret de la teneur suivante:

„– l'offre de services en matière d'évaluation individuelle des ressources et des difficultés, ainsi qu'en matière d'orientation, de coordination et d'évaluation des mesures développées à la suite de cette évaluation individuelle.“

2° A la suite de l'article 1er, il est inséré un article 1bis de la teneur suivante:

„Art. 1bis. Pour les activités autres que celles relatives au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, les personnes physiques ou morales établies dans un autre Etat membre de l'Espace économique européen et y autorisées à exercer une des activités visées par la présente loi ne sont pas soumises à un agrément pour autant qu'elles exercent cette activité au Luxembourg à titre temporaire.

Ces prestataires peuvent toutefois se voir imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement pour autant que ces exigences respectent les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité.“

3° A la suite de l'article 2, il est inséré un article 2bis de la teneur suivante:

„Art. 2bis. Toute demande d'agrément fait l'objet d'un accusé de réception dans les dix jours ouvrables de son dépôt.

L'accusé de réception indique:

- la date à laquelle la demande a été reçue
- le délai d'instruction administrative
- les voies de recours
- la mention qu'en l'absence de réponse dans le délai imparti, l'agrément est considéré comme octroyé.

En cas de demande incomplète ou d'irrecevabilité de la demande, le requérant est informé dans les plus brefs délais du besoin de fournir des documents complémentaires qui sont nécessaires à l'examen de sa demande ainsi que des conséquences sur le délai d'instruction administrative.

Le délai d'instruction administrative est de trois mois et commence au moment où tous les documents nécessaires ont été fournis au Ministre compétent. Lorsque la complexité du dossier le justifie, le délai d'instruction administrative peut être prolongé une seule fois et pour une durée limitée. La décision de prolongation du délai ainsi que sa durée est dûment motivée par le ministre et est notifiée au demandeur avant l'expiration du délai initial.

La décision d'agrément est notifiée dans les plus brefs délais à compter de la demande d'agrément. A défaut de notification d'une décision dans le délai imparti, l'agrément est réputé acquis.“

Art. II. La loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille est modifiée comme suit:

1° L'article 6 est complété par un nouvel alinéa de la teneur suivante:

„L'ONE peut confier les démarches en rapport avec les trois premières initiatives décrites ci-avant à des services spécialisés dûment agréés en application de la loi modifiée du 8 septembre 1998

réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique. Les droits et devoirs de ces services spécialisés sont définis dans un contrat à conclure avec le ministre.“

2° A l'article 10, le premier alinéa est remplacé par le texte suivant:

„Les missions d'évaluation, d'élaboration de projets d'intervention ou de concertation énumérées à l'article 6 ci-avant peuvent être confiées à des équipes multidisciplinaires composées en tout ou en partie d'agents affectés temporairement à l'ONE tout en étant maintenus dans leurs statut, carrière et grade, ou bien à des services spécialisés dûment agréés en application de la loi modifiée du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique. Les droits et devoirs de ces services spécialisés sont définis dans un contrat à conclure avec le ministre.“

3° L'article 15 est complété par un nouvel alinéa libellé comme suit:

„Les modalités régissant la participation étatique sont fixées dans une ou plusieurs „conventions-cadre“ à conclure entre le ministre et les prestataires.“

Luxembourg, le 5 juillet 2011

La Rapportrice,
Sylvie ANDRICH-DUVAL

Le Président,
Jean-Paul SCHAAF